

**Der verlängerte Eigentumsvorbehalt
als Mittel der
Kreditsicherung des Warenlieferanten**

Dissertation

vorgelegt

der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

von

Paul Hofmann,

Diplom-Kaufmann, Gerichtsreferendar

1960

1961

=

**Der verlängerte Eigentumsvorbehalt
als Mittel der
Kreditsicherung des Warenlieferanten**

Dissertation

vorgelegt

der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät

der

Johannes Gutenberg-Universität in Mainz



von

Paul Hofmann,

Diplom-Kaufmann, Gerichtsreferendar

1960

Berichterstatter: Prof. Dr. Bartholomeyczik

Mitberichterstatter: Prof. Dr. Bärmann

Tag der mündlichen Prüfung: 22. Juli 1960

Datum des Diploms 26. Jan. 1961

Der verhängte Regenschirm als Mittel zur Bekämpfung der Wandliferen

INHALT

Einleitung: Der Regen als Thema 21- 22

1. EINLEITUNG 23- 24

1. Der verhängte Regenschirm als Mittel 25- 26

2. Der Regen 27- 28

3. Der Regen als Mittel 29- 30

4. Der Regen als Mittel 31- 32

5. Der Regen als Mittel 33- 34

6. Der Regen als Mittel 35- 36

2. DIE AUSDEHNUNG DES EINFACHEN EIGENTUMSVORHALTES 37- 38

1. Der verhängte Regenschirm 39- 40

2. Der verhängte Regenschirm 41- 42

3. Der verhängte Regenschirm 43- 44

4. Der verhängte Regenschirm 45- 46

3. ANDERE ANZEICHEN UND FÜR ABWEICHUNG 47- 48

1. Der verhängte Regenschirm 49- 50

2. Der verhängte Regenschirm 51- 52

3. Der verhängte Regenschirm 53- 54

4. Der verhängte Regenschirm 55- 56

5. Der verhängte Regenschirm 57- 58

6. Der verhängte Regenschirm 59- 60

7. Der verhängte Regenschirm 61- 62

8. Der verhängte Regenschirm 63- 64

9. Der verhängte Regenschirm 65- 66

10. Der verhängte Regenschirm 67- 68

11. Der verhängte Regenschirm 69- 70

**Der verlängerte Eigentumsvorbehalt als Mittel
der Kreditsicherung des Warenlieferanten**

GLIEDERUNG :

Vorbemerkung: Die Aktualität des Themas	Seite 31 — 32
---	------------------

A. EINFÜHRUNG 33— 45

I. DAS KREDITSICHERUNGSBEDURFNIS DES WAREN- LIEFERANTEN	33— 36
--	--------

II. DER „EINFACHE“ EIGENTUMSVORBEHALT GEMÄSS § 455 BGB	36— 45
---	--------

1. Seine Wirkung und sein Wesen	36— 39
2. Seine Vereinbarung	39— 44
3. Seine Grenzen	44— 45

**B. DIE AUSDEHNUNG DES EINFACHEN
EIGENTUMSVORBEHALTES** 47— 58

I. DER VERLÄNGERTE EIGENTUMSVORBEHALT	47— 50
---------------------------------------	--------

1. Die drei Phasen	47— 48
2. Begriffsbestimmung	48— 50

II. ANDERE AUSDEHNUNGEN UND DEREN ABGRENZUNG	50— 56
---	--------

1. Der sogenannte uneigentliche Eigentumsvorbehalt	50— 51
2. Der erweiterte Eigentumsvorbehalt	51— 54
a) Der Kontokorrentvorbehalt	51— 53
b) Der Konzernvorbehalt	53— 54
3. Der weitergeleitete Eigentumsvorbehalt	54— 56
a) Die „offene“ Weiterleitung	55
b) Die „verdeckte“ Weiterleitung	55— 56

III. KRITIK DER BEZEICHNUNGEN	56— 58
-------------------------------	--------

C. ERSCHEINUNGSFORMEN DES VERLÄNGERTEN EIGENTUMSVORBEHALTES

59—192

I. DIE VERARBEITUNGSKLAUSEL

59—113

1. Das Problem	59— 60
2. Die Verarbeitung	60— 69
a) Historische Entwicklung des Streits	61— 62
b) Die heutige Lösung	62— 69
aa) Die Entscheidung des BGB	62— 63
bb) Die Rechtsnatur der Verarbeitung	63— 64
cc) Der Begriff der Neuheit	64— 68
dd) Die Rechtswirkungen des § 950 BGB	68— 69
3. Die Ansicht, § 950 BGB sei dispositiv	69— 76
a) Gründe dafür und deren Würdigung	70— 74
b) Gründe dagegen	74— 76
c) Ergebnis: § 950 BGB ist zwingend	76
4. Weitere Lösungsversuche	76— 94
a) Das anticipierte Besitzkonstitut	77— 82
aa) Der Begriff	77
bb) Die Erfordernisse	78— 79
cc) Anticipierte Sicherungsübereignung	79— 80
dd) Kritik dieser Lösung	80— 82
b) Abschluß eines Gesellschaftsvertrages	82— 84
aa) Die theoretische Möglichkeit	82— 83
bb) Kritische Würdigung	83— 84
c) Verarbeitung „für“ den Warenkreditgeber	84— 94
aa) Allgemeines	84— 86
bb) Kritische Würdigung der vorgeschlagenen Kon- struktionen	87— 91
aaa) Dienstvertrag	87— 88
bbb) Arbeitsvertrag	88— 89
ccc) Werkvertrag	89— 90
ddd) Auftrag	90— 91
c) Eigene Lösung: Vertrag eigener Art: „Hersteller-Vertrag“	91— 94

5. Rechtsfolgen der Verarbeitungsklausel	94—110
a) Ablehnung der Surrogation	95— 96
b) Aufschiebend bedingtes Eigentum des Vorbehaltskäufers	96— 97
c) Miteigentum des Vorbehaltskäufers und Vorbehaltsverkäufers	97—105
aa) Wertsteigerung durch Verarbeitung	98— 99
bb) Die Folgen hieraus	99—102
cc) Kritik des Wertbegriffs	102—103
dd) Der „Rechnungswert“ als Grundlage	103—105
d) Mitverarbeitung von anderen Waren durch den Vorbehaltskäufer	106—110
aa) Miteigentum je nach dem „Wert“ der Ware	106—108
bb) Praktische Schwierigkeiten und deren betriebs- wirtschaftliche Lösung	108—110
6. Kollision zwischen der Verarbeitungsklausel und der Sicherungsübereignung an Geldkreditgeber	110—111
7. Ergebnis	112—113
II. DIE VORAUSABTRETUNGSKLAUSEL	113—177
1. Das Problem	113—115
2. Die Abtretung zukünftiger Forderungen	115—131
a) Begriffe	115—121
b) Historische Entwicklung der Abtretung	121—122
c) Der Streit um die Abtretbarkeit	122—131
aa) Gründe gegen die Abtretbarkeit und deren Würdigung	122—125
bb) Vermeintliche Gründe für die Abtretbarkeit	125—127
cc) Zutreffende Gründe	128—130
dd) Ergebnis: Die Abtretung zukünftiger Forderun- gen ist zulässig	130—131
3. Die Frage der Bestimmbarkeit der zukünftigen Forde- rungen	132—142
a) Allgemeines	131—133

b)	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dieser Frage	133–141
aa)	Die frühere Rechtsprechung	133–135
bb)	Die Rechtsprechung ab RGZ 136, 100 ff.	135–138
cc)	Kritik dieser Rechtsprechung	139–141
c)	Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu dieser Frage	141–142
4.	Rechtsfolgen der Vorausabtretungsklausel	142–170
a)	Ablehnung vorgeschlagener Lösungsversuche	143–146
aa)	Surrogation	143–144
bb)	Vereinbarung eines Kommissionsverhältnisses	144–146
b)	Vorweggenommene Sicherungsabtretung	146–157
aa)	Ablehnung der „Durchgangstheorie“	146–149
bb)	Die Konstruktion	149–151
cc)	Die Einziehungsermächtigung und ihre Grenzen	152–156
dd)	Keine Vorausabtretung auf den Fall der Insolvenz des Vorbehaltskäufers	156–157
c)	Veräußerung an einen Drittabnehmer	157–164
aa)	Teilabtretung	158–160
bb)	Mitinhaberschaft bei mehreren Vorbehaltsverkäufern	160–164
d)	Veräußerung an mehrere Drittabnehmer	164–168
aa)	Bei Beteiligung nur eines Vorbehaltsverkäufers	164–166
bb)	Bei Beteiligung mehrerer Vorbehaltsverkäufer	166–167
cc)	Schwierigkeiten bei der Wertorientierung	167–168
e)	Teilzahlung durch einen Drittabnehmer	168–170
5.	Kollision zwischen der Vorausabtretungsklausel und der Sicherungsabtretung an Geldkreditgeber	170–176
a)	Allgemeines	170–171
b)	Das Prinzip der Priorität	171–172
c)	Dieses Prinzip gilt auch hier	172–176
6.	Ergebnis	176–177

III. DIE VERKAUFSERLÖSKLAUSEL	178 – 192
1. Das Problem	178 – 179
2. Lösungswege	179 – 187
a) Eigentumserwerb durch Stellvertreter	179 – 187
aa) Allgemeines	179 – 180
bb) Offene Stellvertretung	181 – 183
cc) Verdeckte Stellvertretung	183 – 185
dd) Übereignung an den, den es angeht	185 – 187
b) Anticipiertes Besitzkonstitut	187
3. Schwierigkeiten in der Praxis	188 – 189
4. Schwierigkeiten bei unbarer Zahlung	189 – 191
5. Praktische Folgerungen	191 – 192
 D. DIE BRAUCHBARKEIT DES VERLÄNGERTEN EIGENTUMSVORBEHALTS ALS MITTEL DER SICHERUNG DES WARENKREDITGEBERS	 193 – 220
I. DER VERLÄNGERTE EIGENTUMSVORBEHALT IM KONKURS	193 – 207
1. Die Frage der Anwendbarkeit des § 17 KO	193 – 195
2. Konkurs des Vorbehaltskäufers	195 – 205
a) Das Aussonderungsrecht des Vorbehaltsverkäufers	196 – 198
b) Das Ersatzaussonderungsrecht des Vorbehaltsverkäufers	198 – 201
c) Ein Absonderungsrecht wäre angemessener	201 – 205
3. Konkurs des Vorbehaltsverkäufers	205 – 207
4. Ergebnis	207
 II. DER VERLÄNGERTE EIGENTUMSVORBEHALT IM VERGLEICHsverFAHREN	 207 – 210
1. Vergleich über das Vermögen des VBK	208 – 209
2. Vergleich über das Vermögen des VBV	209 – 210
 III. BEDENKEN GEGEN DEN VEV UND IHRE WURDIGUNG	 210 – 215
1. Allgemeines	210
2. Verstoß gegen § 138 BGB	211 – 213
3. Verstoß gegen unsere Wirtschaftsordnung	213 – 215
 IV. ABSCHLUSS	 216 – 220

1870	...	...
1871	...	...
1872	...	...
1873	...	...
1874	...	...
1875	...	...
1876	...	...
1877	...	...
1878	...	...
1879	...	...
1880	...	...
1881	...	...
1882	...	...
1883	...	...
1884	...	...
1885	...	...
1886	...	...
1887	...	...
1888	...	...
1889	...	...
1890	...	...
1891	...	...
1892	...	...
1893	...	...
1894	...	...
1895	...	...
1896	...	...
1897	...	...
1898	...	...
1899	...	...
1900	...	...

Verwendete Abkürzungen:

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abtlg.	Abteilung
AbzG	Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a. E.	am Ende
ähnl.	ähnlich
AfBR	Archiv für Bürgerliches Recht
AG	Amtsgericht
AktG	Aktiengesetz
ALB	Allgemeine Geschäfts- und Lieferbedingungen
allg.	allgemein
ALR	Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BA	Bankarchiv
bayr.	bayrisch
BB	Der Betriebs-Berater
Bd.	Band
BE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichtes
bes.	besonders
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bl.	Blatt
bzw.	beziehungsweise
D.	Digesten
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dgl.	dergleichen
DGuWR	Deutsches Gemein- und Wirtschaftsrecht
d. h.	das heißt

Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DM	Deutsche Mark
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DR	Deutsches Recht
DRspr.	Deutsche Rechtsprechung
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EheG	Ehegesetz
Einf.	Einführung
Enn.	Enneccerus
EV	Eigentumsvorbehalt
ff.	folgende
Gai.	Gaius
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GruchB	Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot
Grünhuts Zeitschrift	Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, begründet von Grünhut
Halbb.	Halbband
HansRuGerZtg.	Hanseatische Rechts- und Gerichtszeitschrift
Herausg.	Herausgeber
HGB	Handelsgesetzbuch
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HRR	Höchstrichterliche Rechtsprechung
i. H.	im Hundert
IhJb.	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
IHK	Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht, herausgegeben von der Industrie- und Handelskammer zu Berlin
insbes.	insbesondere
Inst.	Institutionen
Interessenkoll.	Interessenkollisionen . . ., siehe im Schrifttumsverzeichnis, bei Westermann
i. S.	im Sinne
JR	Juristische Rundschau
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung

KG	Kammergericht
KO	Konkursordnung
LAG	Landesarbeitsgericht
LG	Landgericht
LM	Lindenmaier-Möhring, Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs
LZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m. E.	meines Erachtens
Mot.	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
N.	Note
NJ	Neue Justiz
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
OGH	Oberster Gerichtshof für die Britische Zone
OGHZ	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone in Zivilsachen
OLG	Oberlandesgericht, und auch: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts
Prot.	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begründet von Ernst Rabel
Recht	Das Recht
Reform	siehe im Schrifttumsverzeichnis, bei Lehmann, Heinrich, Reform der Kreditsicherung . . .
RG	Reichsgericht
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
RGS†	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RKW	Reichskuratorium für Wirtschaftlichkeit, heute: Rationalisierungskuratorium der Deutschen Wirtschaft
s.	siehe
S.	Seite
SA.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten
SJZ	Süddeutsche Juristen-Zeitung
sog.	sogenannte
SR	Sachenrecht
StGB	Strafgesetzbuch

u. a.	unter anderem
u. a. m.	und andere mehr
u. v. a.	und viele andere
v.	von
VB	Vorbehalt
VBK	Vorbehaltskäufer
VBV	Vorbehaltsverkäufer
Verhdlg.	Verhandlungen
vEV	verlängerter Eigentumsvorbehalt
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung
WarnR.	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Warneyer
WG	Wechselgesetz
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZAkDR	Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht
z. B.	zum Beispiel
Zeitschr.	Zeitschrift
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Konkursrecht
Ziff.	Ziffer
ZK	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZPO	Zivilprozeßordnung
zust.	zustimmend
ZZP	Zeitschrift für (Deutschen) Zivilprozeß

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

(Stand: 1. Januar 1960)

- Abrahamson, W.:** Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich? DJZ 1903, 343
- Achilles-Greifff:** BGB, 20. Aufl., Berlin 1958
- Arbeitskreis Dr. Krähe der Schmalenbach-Gesellschaft:** Unternehmungsorganisation, 3. Aufl., Köln, Opladen 1957
- Arndt, Herbert:** Der Eigentumsvorbehalt im Baustoffhandel, DRiZ 1952, 20–21
- Barkhausen, Walter:** Die Unwirksamkeit des verlängerten Eigentumsvorbehalts nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, NJW 1949, 845–847
- Barth, A.:** Verfügungen über zukünftige Rechte, GruchB 58, 577–615
- Bartholomeyczik, Horst:** Die Kunst der Gesetzesauslegung, Frankfurt 1951
- Bauknecht:** Das Anwartschaftsrecht aus der bedingten Übereignung im Konkurse, NJW 1956, 1177–1181
- Baur, Fritz:** Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, JZ 1953, 372–375
- Bechmann, A.:** Über den Rechtsgrund des Eigentumserwerbs durch Specification, AcP 47, 25–50
- Becker, W.:** Grundsätzliches zum Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, insbesondere zur Sicherungsübereignung in der neueren Rechtsprechung, AcP 139, 228–234
- Benisch, Werner:** Der Eigentumsvorbehalt in Konditionenvereinbarungen, WuW 1953, 598–607
- Bensinger, Emil:** Der weitergeleitete Eigentumsvorbehalt, LZ 1933, 885–891
- Bergk, Alfred:** Übertragung und Pfändung künftiger Rechte mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts, Diss. Halle-Wittenberg 1912
- Bernays, Jacques:** Die neue französische Gesetzgebung über den Eigentumsvorbehalt, NJW 1952, 452–453
- Bernstein, Otto:** Der uneigentliche Eigentumsvorbehalt an gelieferten Waren, BA XXVI, 62–65
- Besser-Roth:** Der verlängerte Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren des Vorbehaltsschuldners, NJW 1954, 372–373

- Beyer, Reinhard:** Die Surrogation bei Vermögen im BGB, Marburg 1905
- Biermann, Johannes:** Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Buch, Sachenrecht, 3. Aufl., Berlin 1914
- Bley, Curt:** Tatsachen über Kredit und Kreditmißbrauch, Arbeitskreis für Absatzfragen, Heft 2, Köln-Berlin 1954
- Bley, Erich:** Der erstreckte Eigentumsvorbehalt, ZAKDR 1937, 41–44
- Bley, Erich:** Vergleichsordnung, 2. Aufl., Berlin 1955
- Blomeyer, Arwed:** Studien zur Bedingungslehre, II. Teil, Über bedingte Verfüggungsgeschäfte, Berlin 1939
- Blomeyer, Arwed:** Allgemeines Schuldrecht, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1957
- Blomeyer, Arwed:** Kreditsicherung durch Übertragung von Anwartschaftsrechten aus bedingter Übereignung, NJW 1951, 548
- Böhle-Stamschröder, Alois:** Konkursordnung, 5. Aufl., München und Berlin 1958
- Boehmer, Gustav:** Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung, II. Buch, 2. Abteilung, Tübingen 1952
- Böhrs, Bramesfeld, Euler, Pentzlin:** Einführung in das Arbeits- und Zeitstudium, 2. Aufl., München 1954
- Boesebeck, Ernst:** Anmerkung zu einem RG-Urteil in JW 1936, 2308–2309
- v. Bonin, Burkhard:** Über den Eigentumserwerb des Herstellers, AfBR 38, 117–122
- Brandes, Hermann-Jürgen:** Der verlängerte Eigentumsvorbehalt. Ein Beitrag zum Recht der Kreditsicherungen, Diss. Göttingen 1940.
- Brodmann, E.:** Die Haftung des Schuldners nach § 278 BGB, insbesondere die Haftung des Versicherungsnehmers, IhJb. 58, 187–302
- Brodmann, E.:** Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Verarbeitung, IhJb. 79, 128–140
- Brückmann, Arthur:** Grundbegriffe des Genossenschaftsrechts, AfBR 28, 223–270
- Brückner, Ernst:** Kreditsicherung und Verarbeitung, Würzburg-Aumühle 1938 (Diss. Kiel 1938)
- Burghart, Heinrich:** Die Zwangsvollstreckung in Gegenstände, die mit dem Eigentumsvorbehalt eines Dritten belastet sind, DGuWR 1936, 305–309
- v. Caemmerer, Ernst:** Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Bundesgerichtshof, JZ 1953, 97–100
- v. Caemmerer, Ernst:** Umstellungsfragen, SJZ 1949, 816–830
- Capeller, R.:** Die doppelte Sicherungszession an den Waren- und den Geldkreditgeber, MDR 1956, 137–139
- Cohen, Arthur:** Die geschichtliche Entwicklung des Eigentumsvorbehaltes, Grünhuts Zeitschrift 21, 689–732

- Coing, Helmut:** Der Kauf unter Eigentumsvorbehalt in Umstellung und Konkurs, NJW 1952, 48–50
- Cosack-Mitteis:** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II. Band, 1. Abteilung, 7. und 8. Aufl., Jena 1924
- Crome, Carl:** System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig 1902
- Dempewolf, Günter:** Zur Konkurrenz von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession, NJW 1956, 851–853
- Dempewolf, Günter:** Prioritätsprinzip auch bei Konkurrenz zwischen verlänger-tem Eigentumsvorbehalt und Globalzession, NJW 1957, 858
- Dempewolf, Günter:** Zusammentreffen von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession, DB 1959, 564–565
- Dempewolf, Günter:** Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession, MDR 1959, 801–806
- Dempewolf, Günter:** Verlängerter Eigentumsvorbehalt, Globalzession und Wechselrecht, DB 1959, 1160–1162
- Diesel, Wolfgang:** Die vertragliche Sperre von Bankkonten und -depots, BA XXXVII/XXXVIII, 673–675
- Dreher, Eduard:** Bestimmtheit und Bestimmbarkeit des Gegenstandes bei Über-eynung und Abtretung, AcP 138, 350–372
- Düringer-Hachenburg:** Das Handelsgesetzbuch, IV. Band, 3. Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1932
- Eberhard, R.:** Zinsen, Teil II, GruchB 56, 30–75
- Eccius:** Zur Frage der Abtretung künftiger Forderungen, DJZ 1904, 53–56
- Eccius:** Wesen der Verfügung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, GruchB 48, 465–470
- Eccius:** Abtretung künftiger Forderungen, GruchB 53, 1–7
- Eichhorn, Hans-Georg:** Zur Konkurrenz des verlängerten Eigentumsvorbehaltes der Warenkreditgläubiger mit der Sicherungszession der Geldkreditgläu-biger, DB 1954, 532–533
- Eichler, Hermann:** Institutionen des Sachenrechts, II. Band, 1. Halbband, Ber-
lin 1957
- Eilles:** Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Gerichte, DGuWR 1941, 121–128
- Emge, C. A.:** Das Moment der Neuheit in § 950 BGB, AcP 114, 23–90
- Enneccerus-Lehmann:** Recht der Schuldverhältnisse, 15. Bearbeitung, Tübingen 1958
- Enneccerus-Nipperdey:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts,
1. Halbb., 14. Aufl., Tübingen 1952
2. Halbb., 14. Aufl., Tübingen 1955

- Ermann, Walter:** Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl., Münster 1958
- Ermann, Walter:** Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession, BB 1959, 1109–1113
- Esser, Josef:** Lehrbuch des Schuldrechts, Karlsruhe 1949
- Euler, Hans:** Die betriebswirtschaftlichen Grundlagen und die Grundbegriffe des Arbeits- und Zeitstudiums, 2. Aufl., München 1949
- Falkenstein, Wilhelm:** Das Problem der Doppelabtretung (Globalzession und Vorausabtretung auf Grund verlängerten Eigentumsvorbehalts), DB 1959, 1245–1247
- Fischer, Norbert:** Kollision des verlängerten Eigentumsvorbehalts des Warenlieferanten mit den Sicherungsmitteln der Geldkreditgeber, Diss. Münster 1956
- Fischer, Norbert:** Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der Krise, NJW 1959, 366–369
- Fitting:** Die Specification, AcP 48, 1–25, 149–194, 311–365
- Flechthelm:** Der nachträgliche Eigentumsvorbehalt, JW 1911, 345–348
- Fleck, Rudolf:** Der Eigentumsvorbehalt im europäischen Kaufrecht unter Berücksichtigung der Konsignation, Heft 3 der Schriften zur Außenhandelsförderung der Bundesstelle für Außenhandelsinformation, herausgegeben von Karlrobert Ringel, 2. Aufl., 1954
- Flume, Werner:** Der verlängerte und erweiterte Eigentumsvorbehalt, NJW 1950, 841–850
- Flume, Werner:** Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehalts, NJW 1959, 913–922
- Flume, Werner:** Besprechung von Westermanns Interessenkollisionen . . . , AcP 154, 560–566
- Flume, Werner:** Besitzloses Fahrnispfand im geltenden deutschen Recht, in Deutsche Landesreferate zum IV. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Paris 1954, herausgegeben von Ernst Wolff, Düsseldorf 1955
- Franke, H.:** Eigentumsvorbehalt und Verarbeitung, BB 1955, 717–720
- Franke, H.:** Befindet sich der verlängerte Eigentumsvorbehalt tatsächlich in einer Krise?, BB 1959, 542–546
- Fränkel, Richard:** Zur Zessionslehre der Glossatoren und Postglossatoren, ZHR 66, 305–348
- Fränkel, Rudolf:** Veredelungskredite, DJZ 1922, 414–416
- Friedlaender, Heinrich E.:** Konzernrecht, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1954
- Fritsch, Alfred** (Herausgeber): Kaufmännische Betriebslehre, Wuppertal-Barmen 1957

- Fritze, Ulrich:** Ersatzaussonderungsrecht des Verkäufers beim verlängerten Eigentumsvorbehalt, BB 1956, 943–944
- Gähler, Rudolph:** Zum Kamenzer Urteil, NJ 1948, 156
- Gast, Brigitte:** Zusammentreffen von verlängertem Eigentumsvorbehalt und Globalzession, DB 1958, 1235–1236
- Geiler, Karl:** Empfiehlt sich die Einführung der Mobiliar-Hypothek?, LZ 1921, 543–546
- Geiler, Karl:** Empfiehlt sich die Einführung der Mobiliar-Hypothek?, Verhdlg. des 32. DJT (Bamberg), S. 185–203, Berlin und Leipzig 1922
- Geiler, Karl:** Eigentumsvorbehalt und Kontokorrent, JW 1930, 2901–2903
- Gerwig, Ernst:** Organisation und Führung industrieller Unternehmungen, 2. Aufl., Stuttgart 1955
- v. Gierke, Julius:** Besprechung von Westermanns Lehrbuch des Sachenrechts, ZHR 115, 223–230
- Graue, Eugen Dietrich:** Der Eigentumsvorbehalt im ausländischen Recht, Frankfurt 1953
- Grigat, Wilfred:** Die Verrechnung im Kontokorrent, NJW 1952, 812–813
- Grigat, Wilfred:** Zur Kreditsicherung durch Abtretung von Kontokorrentforderungen, BB 1952, 819–820
- Großmann-Doerth, Hans:** Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht, Freiburg/Breisgau 1933
- Großmann-Doerth, Hans:** Der Jurist und das autonome Recht des Welthandels, JW 1929, 3447–3451
- Grünebaum:** Zur Frage betreffend Verfügungen über künftige Forderungen, DJZ 1905, 801–803
- Grünebaum:** Die Verfügung über künftige Forderungen, Recht 1909, 660–664
- Grünebaum:** Die Mobiliarhypothek im Interesse unseres Wiederaufbaues, DJZ 1920, 584–585
- Haas, Rudolf:** Die Anwartschaft aus bedingter Übereignung und der verlängerte Eigentumsvorbehalt, Diss. Frankfurt 1956
- Hauß, Wulf:** Die Kreditsicherung des Warenlieferanten. Weg und Aufgabe einer Reform, Diss. Gießen 1939
- Heck, Philipp:** Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929
- Heck, Philipp:** Grundriß des Sachenrechts, Tübingen 1930
- Hedemann, Justus Wilhelm:** Schuldrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1931
- Hedemann, Justus Wilhelm:** Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Aufl., Berlin 1950

- Hees:** Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Globalzession, MDR 1955, 525–527
- Henle, Rudolf:** Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II., Schuldrecht, Rostock 1934
- Herschel, Wilhelm:** Anmerkung zum RG-Urteil vom 23. Januar 1940, DR 1940, 583–584
- Herz, Ernst:** Der Rechtsgrund für den Eigentumserwerb am Arbeitsprodukt im Arbeitsvertrag, IhJb. 74, 1–68
- Heuer:** Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich?, DJZ 1903, 28–29
- Hirsch, Ernst Alexander:** Eigentumsvorbehalt mit Forderungsabtretung bei Weiterveräußerung, Diss. Heidelberg 1933
- Hochgürtel, Hans:** Der verlängerte Eigentumsvorbehalt zur Sicherung des Warenkredites beim Kauf, Diss. Köln 1957
- Hoeniger, Heinrich:** Die Diskontierung von Buchforderungen, Mannheim, Leipzig 1912
- Hoeniger, Heinrich:** Die Sanierung der Sicherungsübereignung, BA XXVI, 265–268
- Hoeniger, Heinrich:** Der Erwerb des Sicherungseigentums an nicht bezahlter Ware, JW 1927, 627–630
- Hoffmann, Paul:** Die Eigenheit der Sachen, Grünhuts Zeitschrift 23, 433–454
- Hofmann, Werner:** Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs, Diss. München 1954
- Holzberg, Gustav:** Zum Problem der Nichtigkeit bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter Berücksichtigung der Allgemeinen Holzverkaufsbedingungen der Waldeigentümer, Diss. Göttingen 1954
- Hueck, Alfred:** Normenverträge, IhJb. 73, 33–118
- Hueck-Nipperdey:** Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Bd., 6. Aufl., Berlin und Frankfurt 1955
- Hufnagel:** Kreditsicherung durch Vorausabtretung zukünftiger Forderungen, NJW 1952, 490–491
- Industrie- und Handelskammer zu Berlin (Herausg.):** Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht, Berlin und Leipzig 1931
- Isele, Hellmut Georg:** Anmerkung zum RG-Urteil vom 3. Juni 1932, JW 1932, 3174–3175
- Jacusi, Alfred:** Der Eigentumsvorbehalt, Berlin 1932
- Jaeger-Lent:** Konkursordnung, 1. Band, 8. Aufl., Berlin 1958
- Joel, Günther:** Zum Recht des Eigentumsvorbehalts, BA XXIX, 309–313
- Joerges, Ernst:** Wem gehören die Küken, dem Eigentümer des Eies oder dem der Bruthenne?, Recht 1916, 642–643

- Kaduk, Hubert:** Das Recht der normierten Vertragsbedingungen und ihre Behandlung nach Vertragsgrundsätzen, Diss. Kiel 1953
- Käfer, Friedrich:** Eigentumsvorbehalt und Spezifikation, Diss. München 1947
- Kalveram, Wilhelm:** Rationalisierung durch technisch-kaufmännische Zusammenarbeit, Wiesbaden 1942
- Kaser, Max:** Das römische Privatrecht, 1. Abschnitt, München 1955; 2. Abschnitt, München 1959
- Keller, H.:** Die Einziehungsbefugnis des Vorbehaltskäufers beim verlängerten Eigentumsvorbehalt, NJW 1957, 1787–1788
- Kirchner, Ottmar:** Der Eigentumserwerb durch Verarbeitung, Diss. Erlangen 1949
- Koch, Arwed:** Kredit im Recht, Jena 1925
- Koch, Arwed:** Kreditgewährung und Veredelungsverkehr, BA XX, 92–93
- Koch, Arwed:** Zur Sanierung der Sicherungsübereignung, BA XXVI, 297–299
- Köhler, Otto-Adolf:** Findet die Lehre von der Einziehungsermächtigung im geltenden bürgerlichen Recht eine Grundlage?, Diss. Mainz 1953
- Köster, H. D.:** Zum Kamener Urteil, NJ 1948, 155–156
- Kohler, J.:** Das Autorrecht, IhJb. 18, 129–478
- Kohler, J.:** Zwölf Studien zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Vertrag und Übergabe, AfBR 18, 1–124
- Kreß, Hugo:** Lehrbuch des Besonderen Schuldrechts, München und Berlin 1934
- Krückmann:** Pflichterfüllung und Rechtsausübung, IhJb. 65, 209–270
- Krückmann:** Volkswirtschaftliche und sozialpolitische Theorien im BGB, LZ 1915, 799–806, 879–883
- Kühlewein, Robert:** Wann liegt eine neue Sache vor?, LZ 1932, 874–876
- Kurtenbach, Heinz Peter:** Die Lieferungsbedingungen der Textilindustrie, Diss. Köln 1953
- Lange, Heinrich:** Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung, NJW 1950, 565–570
- Langen, Eugen:** Kommentar zum Kartellgesetz, 3. Aufl., Neuwied 1958
- Langheineken, P.:** Anspruch und Einrede, 1903
- Larenz, Karl:** Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Band, Allgemeiner Teil, 3. Aufl., München und Berlin 1958 – 2. Band, Besonderer Teil, 2. Aufl., München und Berlin 1957
- Laue, Heinz:** Sicherung des Verkäufers bei Exportgeschäften, NJW 1950, 585
- Laufke, Franz:** Zum Eigentumserwerb nach § 950 BGB, in: Festschrift für Alfred Hueck, München und Berlin 1959, S. 69–80

- Ledoux:** Eigentumsvorbehalt in Belgien, in: Mitteilungsblatt der Deutsch-Belgisch-Luxemburgischen Handelskammer, Dezember 1953, Deutsche Ausgabe, S. 10–14
- Lehmann, Heinrich:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 11. Aufl., Berlin 1958
- Lehmann, Heinrich:** Gläubigerschutz, Mannheim, Berlin, Leipzig 1926
- Lehmann, Heinrich:** Reform der Kreditsicherung an Fahnis und Forderungen, Arbeitsbericht der Akademie für Deutsches Recht, Stuttgart 1937
- Lehmann, Heinrich:** Zum Streit über die Reform der Kreditsicherung, ZAkDR 1939, 228–232, 261–264
- Lent, Friedrich:** Sachenrecht, 6. Aufl., München und Berlin 1957
- Lent, Friedrich:** Zivilprozeßrecht, 7. Aufl., München und Berlin 1957
- Lent, Friedrich:** Besprechung von Wolff-Raiser, Sachenrecht, NJW 1957, 1181–1182
- Leonhard, Franz:** Allgemeines Schuldrecht des BGB, München und Leipzig 1929
- Letzgus, Ernst:** Die Anwartschaft des Käufers unter Eigentumsvorbehalt, Tübingen 1938
- Lippmann:** Noch einmal die Möglichkeit der Abtretung zukünftiger Forderungen nach jetzigem Recht, DJZ 1903, 471–472
- Lippmann:** Die Gründe für die Annahme einer Unübertragbarkeit zukünftiger Forderungen, DJZ 1904, 255–258
- Löbl, Rudolf:** Geltendmachung fremder Forderungsrechte im eigenen Namen, AcP 129, 257–339; 130, 1–72
- Ludewig, Wilhelm:** Die Rechtswirksamkeit des verlängerten Eigentumsvorbehalts, DB 1951, 589–590
- Ludewig, Wilhelm:** Gefährdung des Eigentumsvorbehalts durch Verarbeitung, DB 1951, 932
- v. Lübtow, Ulrich:** Das Geschäft „für den es angeht“ und sogenannte „antezipierte Besitzkonstitut“, ZHR 112, 227–267
- Maier, Georg, H.:** Zur Geschichte der Zession, in: Festschrift für Ernst Rabel, II. Band, Tübingen 1954, S. 205–233
- Marschall, F.:** Die Wirkung der erweiterten Eigentumsvorbehalte, in: Handbuch der deutschen Produktenbörsen, herausgegeben von J. P. Buss, 3. Ausgabe, Darmstadt 1955, S. 279–281
- Meisner, Christian:** Der Eigentumsvorbehalt, München, Berlin und Leipzig 1932
- Melchior, George:** Empfiehlt sich die Einführung der Mobiliar-Hypothek?, Verhdlg. des 32. DJT (Bamberg), S. 203–225, Berlin und Leipzig 1922
- Mentzel-Kuhn:** Kommentar zur Konkursordnung, 6. Aufl., Berlin und Frankfurt 1955

- Merkel:** Eigentumsvorbehalt im Vergleichsverfahren, JW 1931, 2088 f
- Mertens, Hans:** Die Zukunft des Eigentumsvorbehalts als Mittel der Kredit-sicherung, Diss. Köln 1942
- Meyer, K.:** Der 32. Deutsche Juristentag in Bamberg, DJZ 1921, 633–638
- Möllers, Elmar:** Teilzahlungsfinanzierung, München und Berlin 1957
- Mückenberger, Werner:** Der verlängerte Eigentumsvorbehalt im Vergleichs-verfahren des Käufers, NJW 1958, 7–10
- Mückenberger, Werner:** Der verlängerte Eigentumsvorbehalt in der Krise, NJW 1958, 1753–1756
- Müller, Arthur:** Die Zulässigkeit der Veräußerung künftiger Mobilien, GruchB 54, 226–252
- Müller, Horst:** Der verlängerte Eigentumsvorbehalt, ZAkDR 1938, 502–505
- Müller, R. W.:** Das Eigentum im Verhältnis zum Anwartschaftsrecht aus beding-ter Übereignung, JW 1934, 1543–1544
- Neubeck, R.:** Anmerkung zu OLG Hamburg (NJW 1959, 102–103), NJW 1959, 581–582
- Neuschäffer, Hermann:** Der Eigentumsvorbehalt in der neuen Vergleichs-ordnung, JW 1935, 3516–3521
- Neuschäffer, Hermann:** Reform der Sicherungsübereignung und des Eigen-tumsvorbehalts, ZAkDR 1936, 633–639
- Nörr, Rudolf:** Die Rechtsnatur der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss. München 1954
- Oertmann, Paul:** Recht der Schuldverhältnisse, 1. Abteilung, 5. Aufl., Berlin 1928
- Oertmann, Paul:** Die Übertragbarkeit von Anwartschaften und künftigen Rechten, insbesondere bei der Nacherbfolge, JR 1934, 37–43
- Oertmann, Paul:** Leistungshandlung und Leistungserfolg, ZHR 93, 356–398
- v. Ohmeyer, Kamillo:** Verfügung über künftige Rechte. Zugleich ein Beitrag zur Theorie der künftigen Rechte, Leipzig und Wien 1909
- Opitz, Georg:** Anderkonten, BA XXXI, 35–38
- Osterwind, Hans-Ulrich:** Der Eigentumsvorbehalt als besitzloses Pfandrecht, Diss. Göttingen 1941
- Palandt, Otto:** Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl., München und Berlin 1959
- Paulus, Gotthard:** Probleme und Möglichkeiten der institutionellen Ausformung der Sicherungsübereignung, JZ 1957, 7–11
- Paulus, Gotthard:** Kreditsicherung durch Übertragung von Eigentum und An-wartschaften, JZ 1957, 41–48
- Pesl, L. D.:** Eigentumsvorbehalt an ausländischen Rohstoffen, LZ 1921, 562–564

- Planck, Gottlieb:** Kommentar zum BGB, 3. Buch, Sachenrecht, 4. Aufl., Berlin 1920
- Plemper, Helmut:** Eigentumsvorbehalt und Veredelung, Diss. Münster 1937
- Rabel, Ernst:** Deutsches und amerikanisches Recht, Rabels Zeitschrift 16, 340–359
- Raiser, Ludwig:** Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, Hamburg 1935
- Raiser, Ludwig:** Anmerkung zum BGH-Urteil vom 2. Oktober 1952, NJW 1953, 217
- Ramsauer, Peter:** Die Abtretung zukünftiger Forderungen, Diss. Göttingen 1907
- Rasch, Harold:** Deutsches Konzernrecht, 2. Aufl., Köln, Berlin 1955
- Reichsgerichtsräte und Bundesrichter (Herausg.):** Das Bürgerliche Gesetzbuch, 10. Auflage, I. Band, Berlin 1953; II. Band, Berlin 1953; III. Band, Berlin 1954
- Reichsgruppe Industrie:** Grundsätze der Reichsgruppe Industrie über die Anwendung des Eigentumsvorbehalts, Sonderdruck, Berlin 1938 und in DJ 1938, 610–611
- Reinicke, G. und D.:** Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübereignung, MDR 1951, 333–334
- Riegel, Alfred:** Die vorweggenommene Sicherungsabtretung, Diss. Köln 1938
- Rötelmann:** Sicherungsübereignung und Besitzermittlungsverhältnis, NJW 1958, 1124
- Rühl, Helmut:** Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, Berlin 1930
- Rühl, Helmut:** Der Einfluß des Konkurses auf Vorbehaltsverkäufe mit Weiterveräußerungsermächtigung, LZ 1931, 153–161
- Rühl, Helmut:** Die Vergleichsordnung und der Verkauf unter Eigentumsvorbehalt, ZZP 56, 154–193
- Rümelin, M.:** Das Handeln in fremdem Namen im bürgerlichen Gesetzbuch, AcP 93, 131–308
- Rümelin, M.:** Besprechung von Oertmanns Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, AcP 131, 222–226
- Rutkowski, H.:** Der Anwartschaftserwerb und seine Folgen, NJW 1957, 858–859
- Saenger, A.:** Der Sicherungsübereignungsvertrag unter Berücksichtigung der neueren Rechtsprechung, DNotZ 1929, 18–24, 80–97
- Schagen, Günter:** Verarbeitung von unter Eigentumsvorbehalt gekauften Waren, Würzburg 1932 (Diss. Tübingen 1932)
- Schantz, Arno:** Verlängerter Eigentumsvorbehalt – wie lange noch? Ein kritischer Beitrag zum Recht der Geschäftsbedingungen, Frankfurt 1937
- Schantz, Arno:** Mißtrauensschutz?, AcP 142, 67–92
- Scheld:** Der verlängerte Eigentumsvorbehalt, JW 1938, 5–8

- Schenk, W.:** Zur Frage der Sicherung des Verkäufers bei Export- und Importgeschäften (insbesondere der Eigentumsvorbehalt), NJW 1950, 248–250
- Schenkel, Johann:** Die Abtretung künftiger Forderungen, Diss. Erlangen 1949
- Schirdewahn, Günther:** Kreditsicherung durch Begründung von Miteigentum, in: Zeitgemäße Bankfragen, Festgabe der Rechtsabteilung der Disconto-Gesellschaft zum 70. Geburtstag von Dr. Arthur Salomonsohn, Berlin und Leipzig 1929, S. 149–202
- Schlegelberger:** Handelsgesetzbuch, 3. Band, 3. Auflage, Berlin und Frankfurt 1956
- Schmalenbach, Eugen:** Dynamische Bilanz, 4. Aufl., Leipzig 1926
- Schmalenbach, Eugen:** Pretiale Wirtschaftslenkung, Band 1, Die optimale Geltungszahl, Bremen-Horn 1947
- Schmeling, Günter:** Der Kreditkauf von Mobilien und seine Kaufpreissicherung nach französischem Recht, Diss. Kiel 1953
- Schmidt, Fritz:** Die organische Tageswertbilanz, 3. Aufl., Wiesbaden 1951
- Scholz, Hellmut:** Das Recht der Kreditsicherung, Berlin, Bielefeld, München 1952
- Schreiter, Max:** Verlängerter Eigentumsvorbehalt und Ausschluß der Forderungsabtretung im Baugewerbe, BB 1958, 1227–1229
- Schütz, Wilhelm:** Auflösende Bedingung in Sicherungsverträgen, NJW 1957, 1541–1543
- Schultze, Alfred:** Treuhänder im geltenden bürgerlichen Recht, IJb. 43, 1–104
- Schultze - v. Lasaulx:** Besprechung von Westermanns Lehrbuch des Sachenrechts, AcP 151, 449–461
- Schulz, Fritz:** System der Rechte auf den Eingriffserwerb, AcP 105, 1–488
- Schumann, Hans:** Die Forderungsabtretung im deutschen, französischen und englischen Recht, Marburg 1924
- Schwabe, Fritz:** Die „Sanierung“ der Sicherungsübereignung, BA XXVI, 315–316
- Schwickerath:** Die Sicherungsübereignung von noch nicht bezahlten Waren, BA XXVI, 95–97
- Schwister:** Der Eigentumsvorbehalt in Wirtschaft und Recht, JW 1931, 1160–1164
- Schwister:** Anwartschaft und Kredit, DJZ 1934, 1024–1031
- Schwister:** Zu den Grundsätzen der Reichsgruppe Industrie über die Anwendung des Eigentumsvorbehalts, JW 1938, 1857–1860
- Senf:** Uneigentlicher Eigentumsvorbehalt mit dinglicher Surrogation, JW 1930, 3540
- Siber, Heinrich:** Erfüllung, in: Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Stier-Somlo und Elster, 2. Bd., Berlin und Leipzig 1927
- Siebert, Wolfgang:** Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis, Marburg 1933

- Sinzheimer:** Buchbesprechung in JW 1932, 2597–2598
- Soergel, H. Th.:** Bürgerliches Gesetzbuch, II. Band, 8. Aufl., Stuttgart und Köln 1952
- Sokolowski, Paul:** Die Lehre von der Specification, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte (Romanistische Abteilung) 17, 252–311
- Sommer, Karl:** Ist der verlängerte Eigentumsvorbehalt nach heutiger Rechtsauffassung gültig?, Rechts- und Wirtschafts-Praxis, Blattei-Handbuch, 2 D, 1B2
- Suchon, Hansjörg:** Das zurückgelassene Kraftfahrzeug nach der Sylvester-Anordnung der Alliierten Kommandantur, JR 1948, 145–148
- Spiegel, Richard:** Rechtsfragen beim Eigentumsvorbehalt, Diss. Köln 1928
- Stahelin, Felix Alfred:** Probleme aus dem Gebiete des Eigentumsvorbehalts, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 11, Basel 1937
- Staub, Hermann:** Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 12. und 13. Aufl., 4. Band, Berlin und Leipzig 1927
- Staub, Hermann:** Beitrag „Juristische Rundschau“ in: DJZ 1903, 360–361
- v. Studinger, J.:** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch,
I. Band, 11. Aufl., Berlin 1957;
II. Band, 1. Teil, 9. Aufl., München, Berlin und Leipzig 1930;
II. Band, 2. Teil, 11. Aufl., Berlin 1955
III. Band, 1. Teil, 11. Aufl., Berlin 1956
- Stickel, Hubert:** Die Abtretung zukünftiger Forderungen, insbesondere in Verbindung mit dem Eigentumsvorbehalt, Diss. Erlangen 1933
- Stork, Kurt O.:** Erweiterter Eigentumsvorbehalt und Sittenverstoß, JW 1933, 1377–1378
- Straus, E.:** Ist die Abtretung zukünftiger Forderungen nach dem BGB möglich?, DJZ 1903, 342
- Stulz, Günter:** Der Eigentumsvorbehalt im in- und ausländischen Recht, Berlin 1930 (Diss. Freiburg/Breisgau 1930)
- Stulz, Günter:** Besprechung von Rühls Eigentumsvorbehalt und Abzahlungsgeschäft, JW 1930, 2771–2772
- Stulz, Günter:** Eigentumsvorbehalt für alle Forderungen aus der Geschäftsverbindung, JW 1932, 2588
- Suß, Georg:** Abtretung künftiger Ansprüche, Diss. Erlangen 1910
- Suß, Theodor:** Das Traditionsprinzip – ein Atavismus des Sachenrechts, in: Festschrift für Martin Wolff, Tübingen 1952, S. 141–165
- Tasche, Friedrich:** Fremdwirkende Spezifikation, ihr Umfang und Wesen, Diss. Göttingen 1920

- Titze, Heinrich:** Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 4. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1948
- Trost, Erich - Schütz, Wilhelm:** Bankgeschäftliches Formularbuch, 14. Ausgabe, Berlin 1955
- Türk, Hugo:** Über die Einziehungsbefugnis des Zedenten im Hinblick auf die Diskontierung von Buchforderungen, JW 1911, 1003–1009
- v. Tuhr, Andreas:** Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts,
I. Band, Leipzig 1910
II. Band, 1. Hälfte, München und Leipzig 1914
II. Band, 2. Hälfte, München und Leipzig 1918
- v. Tuhr, Andreas:** Verfügung über künftige Forderungen, DJZ 1904, 426–431
- v. Tuhr, Andreas:** Abtretung künftiger Forderungen, BA VII, 277–279
- Walb, H.:** Der Eigentumsvorbehalt im Konkurs, BB 1953, 577–579
- Wegerhoff, Bruno:** Grenzen der Sicherungsübereignung, Diss. Köln 1955
- v. Wehner, Hermann:** Der verlängerte Eigentumsvorbehalt bei Verkauf und Verarbeitung von Waren, Diss. Köln 1955
- Weinhausen, Hans:** Die Sicherungsübereignung, 2. Aufl., Berlin 1928
- Wendt, Herbert:** Eigentumsvorbehalt bei Finanzierungen, MDR 1956, 336–337
- Westermann, Harry:** Interessenskollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 11, Karlsruhe 1954
- Westermann, Harry:** Lehrbuch des Sachenrechts, 3. Aufl., Karlsruhe 1956
- Westermann, Harry:** Probleme der Sicherungsübereignung von Warenlagern, NJW 1956, 1297–1298
- Wieacker, Franz:** Der Eigentumsvorbehalt als dingliche Vorzugshaftung, ZAkDR 1938, 590–594
- Wild, Ludwig:** Die Pfändbarkeit zukünftiger Forderungen, Diss. Würzburg 1906
- Windscheid - Kipp:** Lehrbuch des Pandektenrechts, 1. Band, 9. Aufl., Frankfurt 1906
- Witte Günther:** Das Eigentum im Verhältnis zum Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung, JW 1934, 1142–1143
- Wittmann, Waldemar:** Der Wertbegriff in der Betriebswirtschaftslehre, Köln, Opladen 1956
- Woeste, K. F.:** Rechtsprobleme des verlängerten Eigentumsvorbehalts, ZK 1954, 686–687
- Woeste, Karlfriedrich:** Rechtsprobleme des verlängerten Eigentumsvorbehalts, BB 1959, 618–619
- Wolff - Raiser:** Sachenrecht, 10. Bearbeitung, Tübingen 1957

- Wolfgramm, Richard:** Das Problem der Gehilfenschaft und Stellvertretung bei der Verarbeitung, Diss. Greifswald 1914
- Wunschel, H. W.:** Die Krise des verlängerten Eigentumsvorbehalts, NJW 1959, 653–656
- Zahn, Joachim:** Grenzen der Kreditsicherung durch Sicherungsübereignung, Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 27, Berlin 1937
- Zeuner:** Die fremdwirkende Verarbeitung als Zurechnungsproblem, JZ 1955, 195–197
- Ziffer, Rudolf:** „Uneigentlicher“ Eigentumsvorbehalt mit „dinglicher Surrogation“, JW 1930, 1358–1359

**Der verlängerte Eigentumsvorbehalt
als Mittel der
Kreditsicherung des Warenlieferanten**



Vorbemerkung:

Eine Arbeit über den verlängerten Eigentumsvorbehalt (vEV) ist nicht eben originell. Es ist schon sehr viel über dieses Thema nachgedacht und geschrieben worden. Dennoch sind die auftauchenden Fragen nicht in dem Maße geklärt, daß man dieses in der praktischen Rechtsanwendung so wichtige Kapitel als eindeutig gesichert ansehen könnte. Immer wieder werden aus Wirtschaft und Recht Beiträge zu diesem Problemenkreis geliefert, und zwar insbesondere in den juristischen Zeitschriften. Daneben hat die Rechtsprechung ausgiebig Gelegenheit, sich mit dem vEV zu befassen. Bis in die allernächste Zeit sind höchstrichterliche Entscheidungen hierzu veröffentlicht.

Man kann den Streit um den vEV auf zwei Tatsachen zurückführen.

1. Der vEV ist eine Schöpfung der Rechtspraxis.

Er wurde von Wirtschaftsjuristen entwickelt, die hierzu auf die ihnen von der Rechtsordnung gebotenen Institutionen zurückgriffen. Im Vordergrund standen praktische Überlegungen. Nicht die tatsächlichen Gegebenheiten wurden dem Recht untergeordnet, sondern das Recht wurde für die Praxis nutzbar gemacht. Ein derartiges Vorgehen steht im Einklang mit den der Rechtsordnung zuzuweisenden Aufgaben. Doch es besteht dabei immer die Gefahr, daß die Rechtsdogmatik etwas großzügig behandelt wird. Das muß die Rechtstheoretiker auf den Plan rufen. Wird ein Angriffspunkt gefunden, muß die „reine Theorie“ das Institut ablehnen, ohne Rücksicht auf praktische Notwendigkeit und Billigkeit. Andere Vertreter der Theorie suchen der Praxis entgegenzukommen. Sie nehmen daher gewisse „Ungenauigkeiten“ in Kauf, oder besser noch: sie finden neue, sichere Wege. Eine solche Theorie ist innerhalb einer dynamischen Rechtsentwicklung als fruchtbarer zu bezeichnen.

Somit sind drei Standpunkte gegeben, von denen aus man den vEV beurteilt: auf der einen Seite die Praxis, auf der anderen die reine Theorie, dazwischen die praktisch orientierte Theorie. Die Ergebnisse werden nicht immer die gleichen sein.

2. Der vEV ist geschaffen als Sicherungsmittel des Warenkreditgebers. Je nachdem, welche Interessen vertreten werden, kommt man zur Bejahung oder Verneinung. Eine solche Methode kann nicht gebilligt werden. Man unterscheidet dabei nicht genügend scharf zwischen Fragen der Rechtspolitik einerseits und der Beurteilung innerhalb der Rechtsordnung anderer-

seits. Darauf hat auch Flume¹⁾ hingewiesen. Auch wenn sich beides bisweilen nur schwer trennen läßt, sind es dennoch zwei verschiedene Problemkreise. Es ist ein Mangel an juristischer Ehrlichkeit, eine rechtliche Gegebenheit, die man aus rechtspolitischen Gründen nicht bejahen will, bereits im Konstruktiven abzulehnen.

Aus der unzulässigen Vermengung rechtspolitischer und rechtskonstruktiver Momente folgen notwendigerweise verschiedene Ergebnisse.

Berechtigt kann demnach nur die Betrachtungsweise des vEV sein, welche vom Boden einer den praktischen Bedürfnissen entgegenkommenden Theorie die konstruktiven Fragen behandelt und erst im Anschluß daran rechtspolitische Erwägungen anstellt. Solange das nicht anerkannt und durchgeführt wird, bleibt der vEV ein aktuelles Problem.

¹⁾ NJW 1950, 841; 1959, 914.

A. EINFÜHRUNG

I. DAS KREDITSICHERUNGSBEDURFNIS DES WARENLIEFERANTEN

Seitdem gewirtschaftet wird, gibt es auch den Kredit. Das moderne Wirtschaftsleben ist ohne ein wohlausgebautes Geld- und Kreditwesen undenkbar. War es vielleicht in früheren Zeiten nicht gerade eine Empfehlung für einen Kaufmann, Kredit in Anspruch zu nehmen, so hat sich das bis heute in gewisser Beziehung geändert. Der Kredit ist zu einer alltäglichen, „sozialadäquaten“ Erscheinung geworden. Schon im Jahre 1912 stellte Hoeniger²⁾ fest, daß Erweiterung des Kredits die Lösung der Zeit sei. Diese Tendenz hat sich inzwischen noch verschärft. „Sei modern – kauf' auf Kredit“³⁾. Man mag diese Entwicklung nicht gerade begrüßen; aber sie ist eine Tatsache. Das Kreditvolumen ist stark gestiegen und steigt weiter. Das zeigt sich aus folgenden Aufstellungen:

Entwicklung der durch die deutschen Kreditinstitute (ohne Deutsche Bundesbank) an Nichtbanken gewährten Kredite (in Millionen DM); Quelle: „Monatsbericht der Deutschen Bundesbank“, August 1958, S. 36, 46.

Kurzfristige Kredite (bis weniger als sechs Monate)		Mittel- und langfristige Kredite (sechs Monate bis vier Jahre, vier Jahre und mehr)
Dezember 1950	13 897	7 467
Dezember 1951	16 320	11 734
Dezember 1952	19 857	16 553
Dezember 1953	22 478	23 650
Dezember 1954	26 033	31 919
Dezember 1955	28 995	42 357
Dezember 1956	30 617	50 546
Dezember 1957	32 341	57 481
Januar 1958	31 998	58 117
Februar 1958	32 254	58 954
März 1958	32 321	59 537
April 1958	31 772	60 267
Mai 1958	31 699	61 078
Juni 1958	32 334	61 828
Juli 1958	31 743	62 897

Zur Verwendung dieser Kredite s. Seite 53 des Monatsberichtes der Deutschen Bundesbank, August 1958.

²⁾ Die Diskontierung von Buchforderungen, Mannheim/Leipzig, 1912, S. 1

³⁾ angeführt bei Bley, Curt, S. 24

Teilzahlungskredite aller Bankengruppen (in Millionen DM); Quelle: Monatsbericht der Deutschen Bundesbank, August 1958, S. 52

Dezember 1956	2 869,2	April 1958	2 904,0
Dezember 1957	2 957,6	Mai 1958	2 955,9
März 1958	2 855,7	Juni 1958	2 980,7

Ein entscheidender Faktor des sog. Deutschen Wirtschaftswunders, das sich mit der Währungsumstellung am 21. Juni 1948 anbahnte, ist der Kredit. Für den Wiederaufbau der Betriebswirtschaften und deren Nachholbedarf mußten derart hohe Beträge investiert werden, daß infolge des Mangels an Eigenkapital der Kredit ungeahnte Bedeutung gewann.

Kredit und Kreditsicherung gehören zusammen. „Die Geschichte des Kredits ist . . . zugleich die Geschichte der Kreditsicherung“⁴⁾. Dabei ist innerhalb der Kreditsicherung ein grundlegender Wandel zu beobachten. Der Personalkredit tritt immer mehr in den Hintergrund zugunsten eines real gesicherten Kredits⁵⁾. Man steht den Ereignissen des Wirtschaftsablaufes skeptisch gegenüber. Das Vertrauen in ein geordnetes Wirtschaftsleben im allgemeinen und in den Geschäftspartner im besonderen ist gesunken. Der Grund dafür ist nicht nur in personalen Elementen zu suchen. Die modernen Kreditauskunfteien können hier weitgehend Schäden vermeiden. Aber auch sie konnten den Realkredit nicht entbehrlich machen⁶⁾. Hauptsächlich Ursachen für das Sinken des Vertrauens sind die wirtschaftliche Entwicklung der letzten Jahrzehnte und die mit ihr verbundene Entpersönlichung der Geschäftsverbindungen. Das zeigt sich daran, daß sich diese Tendenz zur Realsicherung von gegebenen Krediten nicht geändert hat, obwohl die wirtschaftlichen Zusammenbrüche in den letzten Jahren merklich zurückgegangen sind. Dazu folgende Aufstellung:

Konkurse und Vergleichsverfahren im Bundesgebiet und in Westberlin, 1954 bis 1957; Quelle: Wirtschaft und Statistik, 1957, S. 99; 1958, S. 120.

Jahr:	Konkurse	Vergleichsverfahren
1954	4 132	1 191
1955	3 691	835
1956	3 418	695
1957	3 116	727

Naturgemäß ergeben sich Kreditsicherungsprobleme vor allem auch bei den Banken. Sie sicherten und sichern ihren Geldkredit in erster Linie durch Rechte am Grundbesitz des Kreditnehmers. Der Grundbesitz aber reicht weithin nicht aus oder aber ist bereits kreditsicherungsmäßig ausgelastet. So entstand das

⁴⁾ Weinhausen, S. 9

⁵⁾ so auch Haas, S. 14

⁶⁾ Haas, S. 14; s. auch Brandes, S. 92

Bedürfnis, auch bewegliche Sachen als Kreditunterlagen heranzuziehen. Dabei zeigte sich das BGB den Erfordernissen nicht voll gewachsen. Das Faustpfand-Prinzip (§ 1205 BGB)⁷⁾ entspricht nicht dem modernen Kreditsicherungswesen⁸⁾.

Bei der Verwertung von Forderungen als Kreditsicherungsmittel stand die nach § 1280 BGB erforderliche Verpfändungsanzeige hemmend im Wege. Das unser Pfandrecht beherrschende Prinzip der Publizität läßt also ein berechtigtes Kreditsicherungsbedürfnis weiter Wirtschaftskreise unbefriedigt⁹⁾.

So wurden von Bankjuristen die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung entwickelt, um praktischen Bedürfnissen der Kreditgeber und -nehmer zu entsprechen¹⁰⁾. Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung stießen anfangs auf heftige Kritik. Insbesondere warf man ihnen ein „agere in fraudem legis“ vor, ihr einziger Zweck sei, das Gesetz zu umgehen. Inzwischen hat man erkannt, daß Aufgabe dieser Rechtsgebilde nicht ist, das Gesetz zu umgehen, sondern es modernen Erfordernissen anzupassen und es zu ergänzen¹¹⁾. Heute sind Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung in der Literatur anerkannt¹²⁾. Auch die Rechtsprechung nimmt sie als gegeben hin. Sie hat sich lediglich darauf beschränkt, Auswüchse zu bekämpfen. Wichtig in diesem Zusammenhang ist vor allem die Entscheidung RGZ 136, 247–260. Hier (S. 253 bis 254) hat das Reichsgericht im Rahmen des § 826 BGB fünf typische „Tatbestände“ des Mißbrauchs dieser Sicherungsmaßnahme aufgestellt: Konkursverschleppung, Aussaugung, stille Geschäftsinhaberschaft, Kreditbetrug und Gläubigergefährdung.

Mit der Ausweitung des Kreditbedarfs gewann aber auch der Warenkredit besondere Bedeutung. Der Lieferant beliefert seinen Abnehmer, ohne von ihm sogleich den Gegenwert zu erhalten. Der Abnehmer hat später, oft sogar in verschiedenen Raten, zu leisten.

Das typische Rechtsverhältnis zwischen Lieferant und Abnehmer ist der Kaufvertrag¹³⁾. Hieraus hat der Verkäufer nach § 433, II BGB den Kaufpreisanspruch. Diesen Anspruch muß er sich sichern¹⁴⁾. Er hat seinem Abnehmer Kredit gegeben, indem er nicht auf der dem BGB zugrunde liegenden Zug-um-Zug-

7) Besitzlose Pfandrechte sind vom Gesetz nur in wenigen Ausnahmefällen vorgesehen: §§ 233; 559 ff.; 581, Abs. 2; 585; 704 BGB; 440, III HGB und in einigen Nebengesetzen; vgl. Flume, Werner, Besitzloses Fahrnispfand im geltenden deutschen Recht, in: Deutsche Landesreferate zum IV. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung in Paris 1954, herausgegeben von Ernst Wolff, Düsseldorf 1955, S. 67–69. Rechtsgeschäftliche besitzlose Pfandrechte an beweglichen Sachen sind ausgeschlossen, s. auch § 1253, I BGB; Larenz II, S. 66, Anm. 1

8) so auch Lehmann, Reform, S. 10; Wegerhoff, S. 1; Riegel, S. 13

9) Wolff-Raiser, S. 732

10) s. hierzu Boehmer II, 2, S. 147

11) nicht: contra legem, sondern praeter legem, Boehmer a. a. O., S. 148, 159

12) vgl. für alle Staudinger-Berg, § 929, Anm. 32 ff. mit vielen Angaben

13) Daneben sind auch noch Tausch, Werkvertrag, Werklieferungsvertrag als Kausalgeschäfte im Rahmen der Betrachtung des EV denkbar (Jacusiel, S. 1), die aber unbachtet bleiben können

14) Nicht etwa seine Ware, wie es irrigerweise Hauß, S. 23, annimmt

Leistung, §§ 320 ff. BGB, bestanden hat. Das Kreditsicherungsbedürfnis des Warenlieferanten ist im gleichen Maße anzuerkennen, wie dies bei der Hingabe von Geldkredit zur Selbstverständlichkeit geworden ist. Die Kreditsicherung an sich hat mit der Art des zugrunde liegenden Kredites nichts zu tun. Lediglich die Form der Kreditsicherung wird in gewisser Beziehung durch die Kreditart beeinflusst.

Die nächstliegende Sicherung des Verkäufers ist die, daß er dem Käufer die Ware übereignet und sich ein Pfandrecht nach §§ 1204 ff. BGB an ihr bestellen läßt¹⁵⁾, immer vorausgesetzt, daß die gleiche Ware zur Sicherung der aus ihrem Verkauf entstandenen Forderung herangezogen werden soll. Nach § 1205 BGB müßte dann aber der Käufer als unmittelbarer Besitzer, § 854 BGB, dem Verkäufer die Ware zum Zwecke der Bestellung des Pfandrechts zurückübertragen. Das entspricht weder den Interessen des Verkäufers, noch denen des Käufers. Der Verkäufer will die Ware aus seinem Wirtschaftsbereich in den des Käufers übertragen. Er hat nur daran Interesse, eine Forderung durch den Verkauf zu erhalten, die sich möglichst bald in Geld umwandelt. Die Ware selbst soll der Käufer erhalten. Der Käufer seinerseits bedarf der Ware, um sie zu verarbeiten oder weiter zu veräußern. Solange sie sich als Faustpfand bei dem Verkäufer befindet, kann er das nicht. Die Verpfändung der Kaufsache kommt somit nicht in Frage. Das Sicherungsbedürfnis des Warenlieferanten besteht daher weiter.

II. DER „EINFACHE“ EIGENTUMSVORBEHALT GEMÄSS § 455 BGB

Auf diese Weise ist ein schon lange¹⁶⁾ bestehendes Rechtsinstitut zu ungeahnter Wichtigkeit gelangt: der EV (*pactum reservati domini*).

1. Seine Wirkung und sein Wesen

Zur Sicherung seiner Kaufpreisforderung trifft der Veräußerer mit dem Erwerber folgende Vereinbarung: der Übereignung der Kaufsache wird als Bedingung die vollständige Bezahlung des Kaufpreises hinzugefügt. Dabei waren zwei Möglichkeiten gegeben: der Erwerber erhält auflösend oder aufschiebend bedingtes Eigentum. Bei auflösend bedingtem Eigentum geht das Eigentum auf den Erwerber über und fällt bei Zahlungsverzug wieder auf den Veräußerer zurück, § 158, II BGB. Diese Rechtslage entspricht in der Regel nicht der Interessenlage¹⁷⁾. Anders aber bei der aufschiebenden Bedingung. Hier

¹⁵⁾ Das sächs. BGB von 1863, das ein besitzloses Pfandrecht kannte, behandelte in § 292 den EV als Vorbehalt eines Pfandrechts; s. auch von Wehner, S. 20; Lehmann, Reform S. 35; vgl. auch Art. 2102 Nr. 4, Abs. 1 Code civil

¹⁶⁾ hierzu: Hochgürtel, S. 2; zur Geschichte auch: Cohen, in Grünhuts Zeitschr., Band 21, 689 ff.; vgl. auch Hirsch, S. 5, 6; Mertens, S. 5–11

¹⁷⁾ Streng genommen liegt bei auflösender Bedingung gar kein EV vor, Jacusiel, S. 2, weshalb Rühl, S. 8, auch von „Vorbehalt des Eigentumsrückfalls“ spricht; s. aber auch I, 11, § 266 ALR; dieser Fall kann für die weitere Betrachtung ausgeschaltet werden

bleibt das Eigentum bei dem Veräußerer und gibt ihm die „größtmögliche Sicherheit“¹⁸⁾. Der Erwerber hat bereits eine gesicherte Rechtsstellung¹⁹⁾: mit Zahlung der letzten Kaufpreisrate geht das Eigentum automatisch auf ihn über, § 158, I BGB²⁰⁾.

Die Rechtsstellung des Erwerbers ist als Anwartschaft zu bezeichnen²¹⁾. Darunter versteht man „ein in der Entwicklung auf das Eigentum hin begriffenes Recht“²²⁾. Ein solches Recht ist als „Durchgangsform bei der Entstehung des Vollrechts“²³⁾ kein neues – und daher aus dem Gesichtspunkt des allgemein anerkannten *numerus clausus* im Sachenrecht unzulässiges dingliches Recht, sondern ein „wesensgleiches minus“²⁴⁾. Von dem Entstehungstatbestand des Vollerwerbs ist bereits so viel erfüllt, daß die Erwerbsaussicht durch einseitige Erklärung des Veräußerers nicht mehr beeinträchtigt werden kann. Damit ist die Rechtsstellung eine Anwartschaft und nicht etwa nur eine bloß tatsächliche Erwartung²⁵⁾. Die wohl h. M. betrachtet das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung berechtigterweise als ein dingliches Recht²⁶⁾.

Der Käufer kann diese seine Anwartschaft seinerseits wieder veräußern oder verpfänden. Sie stellt für ihn somit bereits einen verwertbaren Vermögenswert dar. Die Folge ist, daß Gläubiger des Käufers auch ein Pfändungspfandrecht an der Anwartschaft begründen können.

Damit ist bei aufschiebender Bedingung den Interessen beider Parteien entsprochen. Demgemäß hat das BGB in § 455 bestimmt, daß bei Verkäufen unter EV im Zweifel anzunehmen ist, daß die Übereignung unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Bezahlung des Kaufpreises erfolgt²⁷⁾. Diese Bestimmung ist nur eine Auslegungsregel. Die Parteien können also auch Abweichendes vereinbaren, was aber so gut wie nie vorkommt, da anderes ihren Interessen zuwiderläuft. Aus der Stellung des § 455 BGB im Gesetz ist

18) Rühl, S. 7, 163

19) RGZ 140, 225

20) Wenn bisweilen verlangt wird, in diesem Augenblick müsse noch der Eigentumsübergangswille des Veräußerers vorliegen, so ist das eine Verkennung des Wesens der aufschiebenden Bedingung. RGZ 66, 349; RG JW 1925, 354; RG SA 91, Nr. 115, S. 261–262; BGHZ 20, 97; BGH DB 1959, 1342 mit Angaben; Jacusiel, S. 19. Auch die Auffassung, die Übereignung unter der Bedingung der Kaufpreiszahlung sei eine echte Eigentumsübertragung, bei der sich der Veräußerer ein Verfallpfand vorbehalte (so Blomeyer, Studien zur Bedingungslehre, S. 121 ff., 165, 166 ff.; ders. NJW, 1951, 548), ist mit dem Wortlaut der §§ 158, 159 BGB nicht zu vereinbaren; so auch BGHZ 10, 72

21) Wolff-Raiser, S. 176

22) vgl. Palandt-Hoche, § 929, Anm. 6 B. b)

23) Westermann, SR, S. 32

24) Staudinger-Berg, § 929, Anm. 28 c; BGH NJW 1958, 1134

25) v. Tuhr I, S. 182

26) Zu weit geht Osterwind S. 37–38, nach dem das Anwartschaftsrecht nach Sinn und Zweck das verkappte Eigentumsrecht des Käufers darstellt, dem andererseits ein besitzloses Pfandrecht des Verkäufers entspricht; ähnlich wohl auch Wieacker, ZAkDR 1938, 590–594. Auch Miteigentum entsteht hier nicht; so aber Witte, JW 1934, 1143; richtig dagegen Schwister, DJZ 1934, 1026–1027; Müller, JW 1934, 1544

27) Darüber herrschte im Gemeinen Recht Streit; RGZ 9, 170

zu entnehmen, daß der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift in erster Linie die schuldrechtlichen Auswirkungen des EV – als eines Sonderfalles²⁸⁾ – regeln wollte. Bei gegenseitigen Verträgen steht dem Gläubiger bei vom Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit und bei Verzug des Schuldners ein Rücktrittsrecht zu, §§ 325 und 326 BGB. Dieses Recht hat der Gläubiger (Verkäufer) nicht, wenn er den Vertrag erfüllt und den Kaufpreis gestundet hat, § 454 BGB. Eine solche Lösung wäre im Falle des Verkaufs unter EV unbillig; zudem liegt dem Kauf unter EV ein ganz anderer Grundgedanke zugrunde, als dies bei § 454 BGB der Fall ist²⁹⁾.

Daher trifft § 455 BGB eine abweichende Regelung und gibt dem Eigentumsvorbehalts-Verkäufer bei Zahlungsverzug des Käufers im Zweifel ein Rücktrittsrecht, ohne daß eine Nachfristsetzung – wie sie in § 326 BGB verlangt wird – erforderlich ist³⁰⁾. Der Verkäufer kommt mit Übertragung der Kaufsache in den unmittelbaren Besitz des Käufers seiner „inhaltlich beschränkten Vorleistungspflicht“³¹⁾ nach. Wenn der Käufer in Verzug kommt, kann der Verkäufer auf Grund seines Eigentums, das nur aufschiebend bedingt übertragen war, die Sache zurückfordern³²⁾. Der zugrunde liegende Kaufvertrag wird dadurch nicht berührt. Insbesondere bedeutet die Rückforderung nicht notwendig den Rücktritt vom Kaufvertrag, soweit nicht die Voraussetzungen des Abzahlungsgesetzes gegeben sind³³⁾, § 5 AbzG also nicht anwendbar ist³⁴⁾. Der Verkäufer kann nun auf Zug-um-Zug-Leistung bestehen. Die Übergabe erfolgt erneut. Der Verkäufer muß also bei Verzug des Käufers nicht vom Kaufvertrag zurücktreten.

Aus diesen obligatorischen und sachenrechtlichen Wirkungen des EV ergibt sich sein Wesen³⁵⁾. Der Kaufvertrag wird unbedingt abgeschlossen³⁶⁾. Bei Verzug des Käufers steht dem Verkäufer im Zweifel ein Rücktrittsrecht ohne Nachfristsetzung zu. Die Übereignung ist grundsätzlich aufschiebend bedingt. Der Verkäufer bleibt Eigentümer bis zur vollständigen Bezahlung des Kaufpreises. Er überträgt aber den unmittelbaren Besitz auf den Käufer, der ihm den Besitz vermittelt³⁷⁾. Zugleich erwirbt der Käufer ein Anwartschaftsrecht, das sich mit Zahlung der letzten Kaufpreisrate ohne weiteres in das Volleigentum bei ihm

28) Stulz, S. 5

29) So richtig Larenz II, S. 69

30) So auch RGZ 144, 65

31) Rühl, S. 194

32) hierzu Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 44–45 mit Angaben; BGHZ 10, 71–72

33) hierzu Meisner, S. 1–2

34) so auch Larenz II, S. 70

35) hierzu Rümelin, AcP 131, 225

36) anders die gemeinrechtliche Theorie, die bei Schaffung des BGB abgelehnt worden ist; Mot. II, 319; RGZ 7, 150; Haas, S. 19; Brandes, S. 1

37) so schon RGZ 54, 397. Der Käufer wird noch nicht Eigenbesitzer im Sinne des § 872 BGB; so auch Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 39; Jacusiel, S. 44; a. A. Esser, S. 229

oder bei demjenigen, dem er das Anwartschaftsrecht veräußert hat³⁸⁾), verwandelt. Trifft der Verkäufer in der Schwebezeit weitere Verfügungen über die Kaufsache, sind sie nach § 161 BGB insoweit unwirksam, als sie – bei Eintritt der Bedingung – den Eigentumsübergang vereiteln oder beeinträchtigen würden.

Aus dem Wesen des EV ist klar ersichtlich, daß der EV ein eigenständiges Rechtsgebilde darstellt und nicht etwa dem Pfandrecht gleichzusetzen ist. So haben auch bereits die Motive zum BGB (II, 319) die Pfandrechtsnatur des EV abgelehnt. Wenn auch der wirtschaftliche Zweck gleich oder ähnlich ist, so erlaubt dies dennoch nicht den Schluß, der EV sei gleich einem Pfandrecht zu behandeln³⁹⁾.

2. Seine Vereinbarung

Die Frage ist nun, wie ein EV derartiger Rechtsnatur zustandekommt. Unser Gesetz geht davon aus, daß das Eigentum mit Einigung und Übergabe auf den Erwerber übergeht, ohne Rücksicht darauf, ob der gestundete Kaufpreis bereits gezahlt ist oder nicht. Der EV ist also gesondert zu vereinbaren, wenn der Kaufpreis nicht Zug-um-Zug gezahlt wird und die Parteien eine solche Sicherung des Verkäufers herbeiführen wollen.

Das war nicht immer so. Im römischen Recht⁴⁰⁾ galt der Satz, daß gekaufte und dem Käufer übergebene Sachen nur und erst dann in das Eigentum des Käufers übergangen, wenn der Kaufpreis gezahlt, sichergestellt oder gestundet war (Mot. III, 336). Die Motive (a. a. O.) stellen fest, daß dieser Satz in Deutschland, soweit sich die Gesetzgebung mit dem Eigentumserwerb beschäftigt habe, fast überall abgeschafft sei. Ein gesetzlicher EV besteht somit im BGB nicht.

Im Zusammenhang mit der Vereinbarung des EV sind zwei Fragen zu behandeln: wie wird er abgeschlossen und beim Verkauf welcher Waren ist er zulässig?

Bei der Frage des Abschlusses eines Vorbehaltskaufes ist der rechtlichen Situation Rechnung zu tragen, daß sich der EV sowohl auf das Kausalgeschäft als auch auf den dinglichen Vertrag auswirkt. Im Rahmen des Kausalgeschäftes

³⁸⁾ so auch Rühl, S. 97; Westermann, S. 216, Esser, S. 231; Larenz II, S. 72, Enn.-Lehmann, S. 479; Jacusiel, S. 60–61 mit weiteren Angaben; Achilles-Greif, § 455, Anm. 2; BGHZ 20, 88 ff. mit sehr vielen Nachweisen

³⁹⁾ So aber Osterwind, S. 2, 38; s. auch Mertens, S. 73 ff.; dagegen richtig: Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 36; Hauß, S. 10; Rühl, S. 10 ff.; Jacusiel, S. 5, 53; Meisner, S. 7; Reinicke, MDR 1951, 333; Letzgus, S. 30, 31, 64. Der Vorschlag von Schwister (DJZ 1934, 1026, ähnlich Burghart, DGuWR 1936, 308), das Vorbehaltseigentum durch eine Novelle zu § 805 ZPO einem besitzlosen Pfandrecht gleichzustellen, hat mit Recht keine Zustimmung gefunden; so auch Letzgus, S. 30–31

⁴⁰⁾ s. im einzelnen: Kaser I, 352–353; II, 199–200, 204, 281–282, jeweils mit Angaben

besteht das Rücktrittsrecht, der Übereignungsvertrag ist aufschiebend bedingt. Daher muß auch der Kaufvertrag von der EV-Vereinbarung „ergriffen“ werden.

Der Abschluß eines Kaufes unter EV geht in der Regel so vor sich, daß die Parteien im Kaufvertrag den EV grundsätzlich formlos vereinbaren und damit der Übereignung die aufschiebende Bedingung vollständiger Kaufpreiszahlung hinzufügen. Eine spätere EV-Vereinbarung kann den Kaufvertrag nur dann berühren, wenn darin eine nachträgliche Vertragsabänderung liegt⁴¹⁾.

Nimmt der Käufer nach Abschluß des Kaufvertrages ein auf aufschiebend bedingte Übereignung gerichtetes Angebot des Verkäufers an, so ist darin zugleich die Zustimmung zur vertraglichen Abänderung des – ohne EV abgeschlossenen – Kaufvertrages zu sehen⁴²⁾. Der Käufer kann dieses Angebot ablehnen. Besteht der Verkäufer darauf, treten die Rechtsfolgen des § 440 BGB ein. Nimmt der Käufer aber an, so muß § 440 BGB entfallen⁴³⁾. Vier Fälle werden praktisch:

- a) Der EV wird bei Abschluß des Kaufvertrages vereinbart. Dabei entstehen keine Schwierigkeiten. Die Annahme ist berechtigt, daß sich der Vorbehalt auf das dingliche Geschäft bezieht⁴⁴⁾.
- b) Zwischen Kaufvertrags-Abschluß und Übergabe der Ware wird eine solche Vereinbarung getroffen. Sie ist zulässig. Das Angebot zur bedingten Einigung liegt hier meist in einer Klausel der allgemeinen Geschäftsbedingungen, die der in der Praxis weitgehend üblichen „Auftragsbestätigung“ zu entnehmen sind. Man muß verlangen, daß der Käufer diese Klausel zur Kenntnis genommen hat. Andernfalls ist eine bedingte Einigung – und zugleich eine Änderung des Kaufvertrages – nicht zustandegekommen. Der EV ist zwar derart weit verbreitet und allgemein üblich, daß der Käufer sich die allgemeinen Geschäftsbedingungen darauf hin wird ansehen müssen. Handelsbrauch ist der EV aber noch in keinem Geschäftszweig⁴⁵⁾. Dem Verkäufer seinerseits wird m. E. zu Recht daher die Verpflichtung auferlegt, die EV-Klausel durch entsprechende Hervorhebung leicht erkennbar zu machen. Damit ist dem Käufer diese Willenserklärung zugegangen im

⁴¹⁾ Hierzu Larenz I, S. 80 ff. („Abänderungsvertrag“)

⁴²⁾ vgl. auch Jacusiel, S. 13

⁴³⁾ s. auch Erman-Böhle-Stamschröder, § 455, Anm. 1; a. A. Rühl, S. 62, 191–192; Larenz II, S. 68. Die Gegenmeinung berücksichtigt nicht genügend die enge Verknüpfung, die durch die „Doppelwirkung“ des EV zwischen Kaufvertrag und Übereignung begründet wird

⁴⁴⁾ Larenz II, S. 68

⁴⁵⁾ So richtig: Meisner, S. 14; Meyerstein, IHK, S. 8, 271; Käfer, S. 30; IHK Köln, BB 1951, 207 (Handel mit gebr. Maschinen); Graue, S. 7; Pfälz. Industrie- und Handelsblatt, Mitteilungsblatt der IHK Pfalz, vom 1. Dez. 1957, S. 733 (Weinkommissionäre); Staudinger-Berg, § 929, Anm. 28; Jacusiel, S. 11, mit weiteren Angaben

Sinne des § 130, I, 1 BGB. Sie ist in seinen Machtbereich gelangt, und er konnte unter normalen Verhältnissen Kenntnis von ihr nehmen. Die Vermutung spricht dann für die Annahme durch den Käufer⁴⁶⁾.

- c) Anders ist es, wenn der EV dem Käufer bei Übergabe der Ware einseitig durch den Verkäufer erklärt wird, etwa auf dem Lieferschein oder der die Ware begleitenden Rechnung. Hier kann nur die Lage des Einzelfalles darüber Auskunft geben, ob noch vor erfolgter Übergabe – und damit dann Eigentumsübertragung – eine aufschiebend bedingte Einigung und eine Abänderung des Kaufvertrages zustande gekommen ist. Die Beurteilung des Einzelfalles hat zu berücksichtigen, daß der Käufer mit einem EV, der nicht schon im Kaufvertrag vereinbart worden ist, bei der Übergabe im allgemeinen nicht zu rechnen braucht⁴⁷⁾.

Der Lieferschein hat nicht die Aufgabe, vertragliche Vereinbarungen herbeizuführen. Er dient lediglich dem Beweis dafür, daß die Übergabe der Waren an den Käufer erfolgt ist. Der Käufer braucht daher den Lieferschein nicht im einzelnen darauf anzusehen, ob er eine solche Klausel enthält⁴⁸⁾. Die Aufgabe der Rechnung ist es, Menge und Preis der gelieferten Waren aufzuzeigen. Sie setzt somit grundsätzlich die erfolgte Lieferung der Ware voraus, kann das Vertragsverhältnis demnach in der Regel nicht mehr beeinflussen⁴⁹⁾. Dennoch sind die ALB sehr häufig auf der Rückseite der Rechnung abgedruckt. Geht die Rechnung dem Käufer ausnahmsweise vor erfolgter Eigentumsübertragung zu und ist der Vermerk genügend auffällig, gilt das gleiche wie zu b)⁵⁰⁾. Geht sie ihm zusammen mit der Ware zu, kommt es darauf an, ob der Käufer vor erfolgter Übergabe der Ware Kenntnis von der EV-Klausel genommen hat oder nicht⁵¹⁾. Die h. L. stellt zu Recht darauf ab, ob diese Erklärung des Verkäufers dem Käufer bei Besitzerwerb zugegangen ist. Lehnt er sie nicht ab, erlangt er nur bedingtes Eigentum; der Kaufvertrag wird damit gleichzeitig stillschweigend geändert in einen „Vorbehaltskauf“⁵²⁾. Lehnt der Käufer aber ab, kommt es nicht zu einer Eigentumsübertragung, da es an einer Einigung fehlt⁵³⁾. Mangels Ablehnung kam die Praxis schon mehrfach dazu, den auf der Begleitrechnung erklärten EV für wirksam zu erklären⁵⁴⁾. Der Versuch von Rühl

46) s. hierzu Raiser, Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen, S. 192 ff. mit vielen Angaben; Larenz I, S. 52–53; BGHZ 7, 189

47) so auch Larenz II, S. 68

48) hierzu auch BGH NJW 1953, 217–218 mit Anm. von Raiser, der auf die Zumutbarkeit für den Käufer abstellt; vgl. auch Hofmann, S. 16

49) s. auch Meisner, S. 13 mit Nachweisen; Trost-Schütz, S. 414

50) s. Soergel-Hahne, § 455, Anm. 2 mit Nachweisen

51) hierzu Jacusiel, S. 13 mit Angaben; Hofmann, S. 15

52) Zum Ausdruck s. Rühl, S. 191 ff.; das verkennt OLG München NJW 1959, 1541–1542

53) KG JW 1929, 2164–2165 mit abl. Anm. von Liebstaedter daselbst; so auch OLG Düsseldorf JW 1931, 2580–2581; s. auch Graue, S. 8

54) s. hierzu BGH NJW 1953, 218; Raiser in der Anm. dazu, NJW 1953, 217, jeweils mit Angaben

(S. 61) und Jacusiel (S. 13), bei Ablehnung durch den Käufer nicht zu Dissens zu kommen, sondern im Wege einer „ergänzenden Vertragsauslegung“ zu der „dem hypothetischen Parteiwillen weit besser entsprechenden Annahme“ zu gelangen, „daß eine aufschiebend bedingte Übereignung vorliegt“, kann nicht gebilligt werden. Ein solches Vorgehen wäre nicht mehr „ergänzende Vertragsauslegung“, sondern Entscheidung wider den ausdrücklich erklärten Parteiwillen; das ist unzulässig.

- d) Geht dem Käufer, nachdem der Kaufvertrag ohne EV geschlossen worden ist, die Rechnung mit EV-Klausel nach Übergabe der Ware zu, oder will der Verkäufer nach erfolgter Eigentumsübertragung nunmehr durch eine andere rechtsgeschäftliche Erklärung den EV vereinbaren, so entsteht das Problem des „nachträglichen EV“. Das Eigentum ist schon auf den Käufer übergegangen. Ein „Vorbehalt“ des Eigentums ist damit unmöglich geworden. So hat das schweizerische Bundesgericht (BE. 35, II, 46) richtig entschieden: „Denn ein Vorbehalt des Eigentums nach erfolgter Eigentumsentäußerung ist begrifflich undenkbar“⁵⁵⁾. Der nachträgliche EV ist für den Käufer unbeachtlich. Wenn der Käufer aber aus irgendwelchen Gründen – etwa um dadurch eine weitere Kaufpreisstundung zu erlangen⁵⁶⁾ – dem vom Verkäufer verlangten EV zustimmt, erhebt sich die Frage nach der Rechtslage. Die Parteien wollen, daß dem Verkäufer das Eigentum an der Kaufsache zur Sicherung zustehen soll. Da es sich derzeit bereits beim Käufer befindet, müßte es wieder zurückübertragen werden durch Einigung und Übergabe bzw. Übergabe-Surrogat⁵⁷⁾. Das RG⁵⁷⁾ hat die Rückübertragung mangels eines konkreten Rechtsverhältnisses i. S. des § 868 BGB zwischen Käufer und Verkäufer für unwirksam erklärt⁵⁸⁾. Hiergegen wandte sich mit zutreffender Argumentation Flechtheim⁵⁹⁾. Rühl⁶⁰⁾ schlug eine Lösung unter Verwendung des Sicherungseigentums vor. Der Käufer solle dem Verkäufer die Sache auflösend bedingt durch die Zahlung des Kaufpreises mittels Einigung und Vereinbarung eines Besitzkonstitutes übereignen. Diese Lösung wird mehrfach vertreten⁶¹⁾. Sie entspricht aber nicht der

⁵⁵⁾ zitiert bei Rühl, S. 72, der den „nachträglichen EV“ als „Entartung des EV“ bezeichnet

⁵⁶⁾ Larenz II, S. 69

⁵⁷⁾ so RGZ 49, 172; 54, 397

⁵⁸⁾ Die Anforderungen des Reichsgerichtes wurden im Ergebnis bereits in RG JW 1915, 445–446 verringert; noch mehr in RG HRR 1929, Nr. 105 = WarnR 1928, 245–246. Dennoch wurde die ältere Rechtsprechung des Reichsgerichtes vom BGH in NJW 1953, 218, bestätigt. Die bloße Vereinbarung, daß der bereits zum Volleigentümer gewordene Käufer in Zukunft als VBK besitzen solle, schaffe zwischen den Parteien kein Besitzmittlungsverhältnis i. S. des § 868 BGB, wie es für eine gültige Rückübertragung erforderlich sei. Dagegen zu Recht Raiser in der Anm., daselbst S. 217; auch Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 14

⁵⁹⁾ JW 1911, 345–348

⁶⁰⁾ S. 72 mit Angabe; ZZP 56, 156

⁶¹⁾ z. B. Erman-Böhle-Stamschröder, § 455, Anm. 1; RGRK, § 455, Anm. IV, 3; Jacusiel, S. 5, 29; Haas, S. 81–82; Meisner, S. 13; Brandes, S. 9–10; Mertens, S. 36; Hofmann, S. 18 mit Angaben

Rechtslage, welche die Parteien beabsichtigen; insbesondere im Konkurs können sich Unterschiede ergeben, was Larenz (II, S. 69) hervorhebt. Daher wird versucht, ein besonderes konkretes Rechtsverhältnis zu konstruieren, ähnlich der Leihe, um so zu einer gültigen Rückübertragung kommen zu können⁶²⁾.

Bereits aus der Stellungnahme Flechtheims (a. a. O.) ist zu ersehen, daß diese Umwege unnötig sind: „Durch die nachträgliche Vereinbarung des EV wird aber nicht nur in der dinglichen Rechtslage etwas geändert, sondern es wird auch dem zugrunde liegenden Kaufgeschäft nachträglich ein anderer Inhalt gegeben.“ Der ursprüngliche Kaufvertrag wird also geändert. Er stellt nun – nach Hinzufügung des EV – das zur Rückübertragung des Eigentums erforderliche Besitzmittlungsverhältnis dar. Von der Vereinbarung ab besitzt der Käufer die Kaufsache nun nicht mehr als Eigentümer, sondern als VBK. Der Verkäufer hat ein um die Anwartschaft des Käufers „vermindertes“ Eigentum zurückerhalten. Die Rechtslage ist fortan die gleiche wie beim ursprünglichen, vereinbarten EV⁶³⁾.

Bei welchen Waren ist die Vereinbarung eines EV zulässig? Bei Grundstücken kommt der EV nicht in Betracht, da die Auflassung bedingungsfeindlich ist, § 925 Abs. 2 BGB. Zudem besteht die Möglichkeit der Restkaufgeldhypothek, ein Rückübertragungsanspruch kann durch Vormerkung gesichert werden. Somit ist das Anwendungsgebiet des EV auf bewegliche Sachen zu beschränken. Sinnvoll ist der EV bei solchen Waren, die sich voraussichtlich längere Zeit bei dem Käufer in ursprünglichem Zustand befinden; wenigstens so lange, bis der Käufer den Kaufpreis restlos gezahlt hat (z. B. Verkauf einer Möbeleinrichtung durch einen Möbelhändler an einen Abnehmer zum Zwecke der Wohnungseinrichtung). Mit der Zeit trat aber auch das Bedürfnis ein, auch „kurzlebige“ Waren mit dem EV belasten zu können. So ging man dazu über, etwa Rohstoffe oder Halbfabrikate oder Waren, die erkennbar zum Weiterverkauf bestimmt waren, unter EV zu verkaufen. Sachen, die zum Verbrauch, zur Verarbeitung oder zum Weiterverkauf vorgesehen sind, geben dem Verkäufer wenigstens so lange Sicherheit, als sie sich noch unverändert im Besitz des Käufers befinden. Auch bei ihnen wurde der EV zugelassen⁶⁴⁾.

Der EV ist grundsätzlich bei allen beweglichen Sachen zulässig, soweit nicht das Gesetz entgegensteht, und soweit eine hinreichend genaue Bestimmtheit der beweglichen Sachen bei der Übereignung gewährleistet ist. Bei wesentlichen Bestandteilen eines Grundstückes ist der EV unmöglich, da sie nicht

62) so z. B. Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 14 mit Nachweisen; Enn.-Lehmann, S. 479

63) so auch Larenz II, S. 69; Westermann, S. 82; Raiser, NJW 1953, 217

64) Hierzu: Schagen, S. 1 und 2; Dohrendorf, IHK, S. 41–42 (Großhandel); OLG (Karlsruhe) 2, 344; WarnR. (Marienwerder) 09, Nr. 198, S. 188; RG BA XXVIII, 186; Schwister, JW 1931, 1161; Spiegel, S. 29; Staehelein, S. 46–47; Jacusiel, S. 8; Brandes, S. 4–5 mit Nachweisen

Gegenstand besonderer Rechte sein können, § 93 BGB. Dagegen kann er sich auf Zubehör beziehen, § 97 BGB; das gleiche gilt für die Früchte einer Sache⁶⁵⁾.

Dem Bestimmtheitsgrundsatz⁶⁶⁾ ist auch Genüge getan bei sämtlichen in einem Raum gelagerten Waren⁶⁷⁾. Die Möglichkeit der EV-Vereinbarung entfällt bei Forderungen und sonstigen „unkörperlichen Gütern“⁶⁸⁾. Auch die Veräußerung unter EV eines ganzen Geschäftsbetriebes, wie allgemein eines Vermögens oder Sondervermögens, ist nicht zulässig⁶⁹⁾. Hier wird sich aber der EV auf die einzelnen Sachen der Gesamtheit beziehen und insoweit zulässig sein⁷⁰⁾. Selbst unpfändbare Sachen, § 811 ZPO, können unter EV veräußert werden; ebenso Bestandteile, die eingebaut werden sollen (etwa bei Kraftfahrzeugen⁷¹⁾).

3. Seine Grenzen

Hat sich bei der Aufzeigung des Rahmens, innerhalb dessen der EV wirksam werden kann, auch gezeigt, daß der EV in manchen Fällen entfallen muß, so war das Anwendungsgebiet doch erheblich groß. Von besonderer Wichtigkeit ist, daß Waren, die zum Verbrauch, zur Verarbeitung oder zum Weiterverkauf bestimmt sind, dennoch taugliche Gegenstände des EV sind.

Hieraus ergeben sich bereits die Grenzen des EV. Der Verkäufer ist kraft seines vorbehaltenen Eigentums nur so lange gesichert, als dieses sein Eigentum noch nicht untergegangen ist. Der Käufer, der eine Sache verbraucht, etwa Benzin für einen Motor, bringt damit das Eigentum zum Erlöschen. Die Sache besteht nicht mehr, Eigentum an ihr ist illusorisch. Der EV des Verkäufers ist hinfällig geworden. Das Eigentum endet auch dann, wenn der Käufer die EV-Ware mit einem Grundstück so verbindet, daß sie wesentlicher Bestandteil des Grundstückes wird, §§ 93, 94, 946 BGB⁷²⁾. Diese Rechtsfolge bezeichnen Enn.-Lehmann (S. 467) als „unerfreulich“. Jedenfalls erstreckt sich das Eigentum am Grundstück auch auf den neuen wesentlichen Bestandteil⁷³⁾. Diese zwingende Vorschrift ist stärker als der EV des Verkäufers.

65) s. hierzu Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 19, 23, 24; Jacusiel, S. 9

66) s. Westermann, SR, S. 15

67) RGZ 132, 187–188; bestätigt von BGH NJW 1958, 945; vgl. aber auch BGHZ 21, 52 ff. = NJW 1956, 1315–1317 (dazu: Westermann, NJW 1956, 1297–1298); OLG Hamburg DB 1958, 625–626; dagegen aber BGH NJW 1958, 1133–1136 mit vielen Nachweisen

68) vgl. RGRK, § 455, Anm. III; Jacusiel, S. 7; Staehelin, S. 44–45

69) RG JW 1935, 3037

70) RGZ 67, 385–386; Jacusiel, S. 7–8 mit Angaben

71) RGRK, § 455, Anm. III; Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 25, jeweils mit Nachweisen.

72) hierzu Jacusiel, S. 21; Meisner, S. 26–27 mit weiteren Nachweisen; Arndt, DRiZ 1952, 20; Hochgürtel, S. 141–142

73) Enn.-Nipperdey I, S. 525

Bei Waren zur Weiterverarbeitung endet der EV mit der Verarbeitung. Der § 950 BGB bestimmt, daß der Hersteller einer neuen Sache an dieser Sache Eigentum erwirbt. Das alte Eigentum geht also unter, und es entsteht neues Eigentum. Der Verkäufer ist nun ungesichert.

Die Übertragung des Besitzes auf Grund des zugrundeliegenden Kaufvertrages hat nach § 446 Abs. 1 BGB zur Folge, daß die Gefahr auf den Käufer übergeht⁷⁴⁾. Er ist dem Verkäufer gegenüber so lange zum Besitz berechtigt, als er seinen Zahlungsverpflichtungen ordnungsgemäß nachkommt. Das muß aus dem Sinn und Zweck des unter EV geschlossenen Kaufvertrages gefolgert werden. Andernfalls wäre die Zurückbehaltung des Eigentums als Sicherung von vornherein wertlos. Bei Zahlungsverzug oder Insolvenz des Käufers muß der Verkäufer daher berechtigt sein, die Sache zurückzufordern, ohne daß ihm der Käufer die *exceptio rei venditae et traditae* entgegenhalten kann⁷⁵⁾. Der Käufer kann die für ihn fremde Sache verkaufen. Ist sein Abnehmer gutgläubig, §§ 932 ff. BGB, 366 HGB, geht das Eigentum vom VBV auf den gutgläubigen Erwerber über. Bei Waren, die üblicherweise unter EV verkauft werden, sind die Anforderungen an den Nachweis der Gutgläubigkeit der Erwerber höher anzusetzen⁷⁶⁾. Jedoch darf es nicht dahin kommen, daß der EV den guten Glauben generell ausschließt. Die Anwendung des § 935 BGB entfällt, da die VB-Ware dem Verkäufer nicht abhanden gekommen ist: es liegt kein unfreiwilliger Verlust des unmittelbaren Besitzes auf seiten des Verkäufers vor⁷⁷⁾.

So bilden auch die Gutglaubensvorschriften eine Grenze des EV.

74) Jacusiel, S. 51 mit Nachweisen; Rühl, S. 198; Titze, S. 153, Anm. 3; RGZ 85, 321–322; a. A. Osterwind, S. 45 ff.

75) so auch RGZ 67, 386; 144, 65; Rühl, S. 105; Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 45; Larenz II, S. 70; Enn.-Lehmann, S. 480. In der Rückforderung ist nicht notwendig der Rücktritt vom Kaufvertrag zu sehen; Rühl, S. 94, 256; a. A. RGZ 119, 68 (ohne Begründung); zustimmend Stulz, JW 1930, 2771; zweifelnd Liebstaedter, IHK, S. 234; s. aber auch Meisner, S. 16–17

76) hierzu Larenz II, S. 73

77) Westermann, S. 236; s. auch Hirsch, S. 16–18.

B. DIE AUSDEHNUNG DES EINFACHEN EIGENTUMSVORBEHALTES

I. DER VERLÄNGERTE EIGENTUMSVORBEHALT

Die soeben geschilderten, sich aus dem Gesetz ergebenden Grenzen des einfachen EV stehen dem Kreditsicherungsbedürfnis des Warenlieferanten entgegen. Er kann sich nur zeitweilig sichern. Ist der Kaufpreis bis zum Untergang seines Eigentums nicht bezahlt, ist der von ihm dem Käufer gewährte Warenkredit ungesichert. Darüber hinaus kann der anstelle seines Eigentums tretende Vermögenswert beim Käufer (die neue Sache, die Forderung aus der Weiterveräußerung, der erzielte Erlös) zur Sicherung Dritter dienen. Daher ist im Zuge der Bemühungen, den berechtigten Kreditsicherungswünschen des Warenlieferanten zu entsprechen, versucht worden, den einfachen EV über seine Grenzen hinaus auszudehnen. Der im BGB nur beiläufig in § 455 erwähnte EV sieht keine Ausdehnung vor. Er verbietet sie aber auch nicht. So entstanden verschiedene Arten der Ausdehnung des EV. Die praktisch und theoretisch bedeutsamste dieser Erscheinungsformen ist der vEV.

1. Die drei Phasen

Die hauptsächlichsten Gründe für die Entwertung der Sicherung des Verkäufers durch den EV sind Verarbeitung und Weiterveräußerung. Flume hat in seinem grundlegenden Aufsatz über den vEV¹⁾ daher von drei Phasen gesprochen, die für die Verlängerung des einfachen EV von Bedeutung sind:

- a) Der Käufer verarbeitet die EV-Ware. Das Eigentum des Verkäufers geht wegen § 950 BGB unter, wobei immer vorausgesetzt wird, daß der Wert der Verarbeitung nicht erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Nach der Verarbeitung ist der Hersteller Eigentümer. Es gilt, einen Weg zu finden, dem Verkäufer dieses nunmehr dem Käufer zustehende Eigentum als Sicherungsmittel zuzuweisen. Der einfache EV soll also über den Vorgang der Verarbeitung hinaus verlängert werden.
- b) Die zweite Phase umgreift die Zeitspanne zwischen Weiterveräußerung der VB-Ware – verarbeitet oder unverarbeitet – durch den VBK an einen Dritt-abnehmer und der Zahlung des Kaufpreises durch diesen Dritten. Das

1) NJW 1950, 841–850

Eigentum soll dabei auf den Dritten übergegangen sein²). Der VBK hat gegen den Dritten eine Forderung. Diese Forderung soll dem Kreditsicherungsbedürfnis des VBV dienstbar gemacht werden. Es handelt sich demnach um die Verlängerung des einfachen EV über den Weiterverkauf durch den VBK hinaus.

- c) Die Forderung gegen den Drittabnehmer erlischt u. a., wenn an den VBK geleistet wird. Wirtschaftlich gesehen tritt nun der Erlös an die Stelle der Forderung³). In dieser dritten Phase – der Dritte hat an den Käufer gezahlt, jener aber noch nicht an seinen Verkäufer – müßte die Sicherung des VBV auf den eingezogenen Verkaufserlös verlängert werden.

Diese drei Phasen sind für Entstehung und Anwendung des vEV von Bedeutung⁴). Aus ihnen ergibt sich auch, auf welchen Produktionsstufen eine derartige Verlängerung des EV überhaupt sinnvoll ist. Im Verhältnis zu einem Letztverbraucher ist der vEV ein Uding. Mit dem Verbrauch der EV-Ware ist sie „ersatzlos“ untergegangen. Die Weiterveräußerung der Ware ist in aller Regel nicht vorgesehen; eine Weiterverkaufsforderung entsteht also nicht⁵). Ansonsten ist der vEV überall möglich, d. h. innerhalb der Verhältnisse: Erzeuger–Verarbeiter; Verarbeiter–Verarbeiter; Verarbeiter–Händler; Händler–Händler⁶).

2. Begriffsbestimmung

Die genannten drei Phasen sind auch bei der Bestimmung des Begriffs des vEV heranzuziehen. Der vEV ist kein rechtstheoretisches Gebilde. Er ist nur zu erfassen im Hinblick auf die ihm von der Praxis bei seiner Entwicklung zugewiesenen Aufgaben. Der Begriff kann daher nur teleologisch bestimmt werden.

Da der vEV alle drei Phasen umfassen soll, ist er kein einheitliches Rechtsinstitut. Jeweils bieten sich neue Aufgaben und neue Probleme. So ist es verständlich, daß in dem reichhaltigen Material, das mir von der Praxis dankenswerterweise zur Verfügung gestellt worden ist, kein Fall gefunden wurde, in dem der vEV schlechthin vereinbart worden wäre. Vereinbart werden – meist in den ALB – nur Sonderabreden (Klauseln), die bewußt oder unbewußt auf die geschilderten Phasen Bezug nehmen, wenn der vEV Vertragsinhalt werden soll. Typisch⁷) sind etwa folgende Klauseln:

2) andernfalls entsteht kein neues Sicherungsproblem

3) Das zeigt sich deutlich an der Verbuchung des Zahlungsvorgangs

4) s. auch Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 27; Hochgürtel, S. 12

6) In dem Verhältnis von Großhändler zu Einzelhändler ist der vEV in manchen Fällen unpraktisch, z. B. im Großhandel mit Tabakwaren oder Bleistiften, allgemein: bei Waren, die vom Einzelhändler üblicherweise in kleinen Posten gegen Barzahlung weiterverkauft werden; anders etwa im Maschinengroßhandel; vgl. Haas, S. 15; Brandes, S. 93

7) Es wurden allgemein gehaltene Klauseln ausgewählt, da hier nur der praktische Weg aufgezeigt werden soll

Für die Phase der Verarbeitung:

„Die Ware bleibt unser Eigentum, auch bei ihrer Verarbeitung durch unseren Abnehmer.“

Für die Weiterveräußerung:

„Unser Abnehmer tritt uns hiermit bereits jetzt die aus einer Weiterveräußerung unserer Ware entstehende Forderung gegen seinen Abnehmer ab.“

Für den Fall der Zahlung durch den Drittabnehmer:

„Durch unseren Abnehmer eingezogene Beträge gehen in unser Eigentum über. Unser Abnehmer verpflichtet sich, sie für uns in Verwahrung zu nehmen und an uns abzuführen, solange und soweit unsere Forderung gegen ihn nicht in voller Höhe beglichen ist.“

Eine Begriffsbestimmung des vEV muß diese drei Klauseln (die Verarbeitungsklausel, die Vorausabtretungsklausel und die Verkaufserlösklausel) berücksichtigen⁸⁾. Auf dem Gebiet der Ausdehnung des einfachen EV herrscht eine in diesem Ausmaße in der Rechtswissenschaft nur selten anzutreffende Begriffsverwirrung. Der Grund liegt darin, daß die dreifache Anwendung des vEV nicht oder nicht genügend beachtet wird. Zumeist wird der vEV – mehr oder minder deutlich – als Vorausabtretung zukünftiger Forderungen bezeichnet⁹⁾. Wie sich aus dem Vorausgegangenen erkennen läßt, ist dies nur eine Teilbezeichnung. Sie kann nur dann ausreichen zur Umschreibung des Wesens des vEV innerhalb einer Begriffsbestimmung, wenn bei den anderen Erscheinungsformen keine neuen Fragen auftauchen. Bei der Verarbeitungs- und Verkaufserlösklausel ist die Problemstellung grundsätzlich anders als dies bei der Vorausabtretungsklausel der Fall ist. Eine Gleichstellung dieses – zugegebenermaßen häufigsten – Falles des vEV mit dem Begriff des vEV kann daher nicht gebilligt werden. Haas (S. 47–48) führt zutreffend aus, daß der vEV nicht ein bestimmtes, fest umrissenes Geschäft bezeichnet, sondern für verschiedene Rechtsgeschäfte verwandt wird, denen nur so viel gemeinsam ist, daß über den einfachen EV hinaus weitere Sicherungen für den VBV vereinbart werden. Unzutreffend aber ist es, wenn er unter vEV alle Ausdehnungen des einfachen EV fassen und eine Untergruppe „vEV im üblichen Sinne“ bilden will. Der vEV ist zwar die häufigste Ausdehnung, aber sie ist damit noch nicht der Oberbegriff.

Vielmehr hat man im Hinblick auf die Kontinuität der Sicherung den Begriff des vEV dahin zu bestimmen: Der vEV ist die Verlängerung der Kreditsiche-

⁸⁾ s. z. B. Schlegelberger-Hefermehl, Anhang zu § 368, Anm. 4

⁹⁾ Unter vEV wird lediglich die Vorausabtretungsklausel verstanden von: Barkhausen, NJW 1949, 845; Larenz II, S. 74; BGHZ 7, 365 (Leitsatz Ziff. 2); Haas, S. 71; Blomeyer, S. 297; wohl auch Scholz, N. 219, S. 339; v. Wehner, S. 62 („vEV im engeren Sinne“); Käfer, S. 8; Hauß, S. 72; Schantz, S. 12, 13; Mückenberger, NJW 1958, 8 u. a. m.

rung des Eigentumsvorbehaltsverkäufers über die Verarbeitung und (oder) Weiterveräußerung der Vorbehaltsware, sowie über die Einziehung des Erlöses aus dem Weiterverkauf durch den Vorbehaltskäufer.

II. ANDERE AUSDEHNUNGEN UND DEREN ABGRENZUNG

Der vEV ist nur eine – wenn auch die häufigste und wichtigste – Ausdehnung des einfachen EV. Allen Ausdehnungen ist gemeinsam, die Sicherung des Warenkredits besser und umfassender zu gewährleisten, als dies mit Hilfe des einfachen EV der Fall ist. Ein kurzes Eingehen auf die anderen Ausdehnungsformen ist in diesem Zusammenhang unerlässlich.

1. Der sog. „uneigentliche“ Eigentumsvorbehalt

Vorab sei ein Rechtsgebilde behandelt, das mit dem eigentlichen EV konstruktiv nichts gemein hat¹⁰⁾. Sein Wesen kommt in folgender Klausel¹¹⁾ zum Ausdruck:

„Die gelieferte Ware darf vor voller Bezahlung oder vor Einlösung der dafür abgegebenen Schecks und Wechsel ohne Zustimmung des Verkäufers an Dritte weder verpfändet noch zur Sicherung übereignet werden.“

Hier geht also das Eigentum sofort über. Die vollständige Zahlung des Kaufpreises ist nicht etwa zur Bedingung für den Eigentumsübergang erhoben. Sie beendet lediglich die Frist, innerhalb deren der Käufer schuldrechtlich gebunden ist, keine schädigenden Verfügungen – insbesondere Verpfändungen oder Sicherungsübereignungen – vorzunehmen. Rühl (S. 75), der den sog. uneigentlichen EV unter dem Kapitel „Entartungen des EV“¹²⁾ behandelt, hält den Ausdruck für juristisch unscharf, aber das wirtschaftlich Gemeinte ganz gut treffend. Dem kann nicht gefolgt werden.

Ich halte den Ausdruck für falsch. Der sog. uneigentliche EV erinnert nur insofern an den auch vom „eigentlichen“ EV verfolgten Zweck, als dem Verkäufer eine Handhabe gegeben wird, sein Eigentum im weiteren Verlauf in irgendeiner Form zu steuern. Von einem Vorbehalt des Eigentums kann keine Rede sein; der Käufer erhält Volleigentum. Der Verkäufer hat lediglich einen Anspruch darauf, bei näher bezeichneten Verfügungen des Käufers zustimmen oder ablehnen zu dürfen. Verfügt der Käufer ohne Zustimmung des Verkäufers, so macht er sich wegen Verletzung vertraglicher Pflichten schadensersatz-

¹⁰⁾ s. auch Meisner, S. 4

¹¹⁾ bei Bernstein, BA XXVI, S. 62; s. auch Schwickerath, BA XXVI, S. 95 ff. mit Entgegnung von Bernstein. Die Klausel wurde damals durch den Zentralverband der Wollhandelsverbände eingeführt; s. auch Rühl, S. 76; Dohrendorf, IHK, S. 46–47; Brandes, S. 9; § 13 der Einheitsbedingungen der Textilindustrie bei Kurtenbach, S. 72. Ihre praktische Bedeutung und Anwendung ist gering; Jacusiel, S. 92; vgl. auch Hoeniger, BA XXVI, S. 265–266; JW 1927, 628; Koch, BA XXVI, S. 297–299; Saenger, DNotZ 1929, 94–95; Schirdewahn, S. 166

¹²⁾ Rühl, S. 71 ff.

pflichtig. Der Dritte, zu dessen Gunsten verfügt wird, ist nur in den selten nachzuweisenden Fällen der Kollusion nach § 826 BGB zum Schadensersatz verpflichtet¹³).

Es ist nicht zu ersehen, was diese vertraglichen Nebenabreden mit dem Vorbehalt des Eigentums zur Sicherung der Kaufpreisforderung zu tun haben. Auch das wirtschaftlich Gemeinte wird nicht „ganz gut treffend“ bezeichnet. Der Ausdruck „uneigentlicher EV“ ist derart farblos und – da negativ gefaßt – nicht zu einer bestimmten positiven Aussage geeignet, daß er als nichtssagend abgelehnt werden muß. Er kann ersatzlos wegfallen. Für diese besonderen Nebenabreden bedarf es keines besonderen Ausdrucks. Es steht den Parteien frei, beliebig viele Nebenabreden¹⁴) zu treffen, um sich bei deren Verletzung einen neben der Forderung aus dem Vertrag zusätzlichen Schadensersatzanspruch zu sichern, § 137 Abs. 2 BGB. Soweit das nicht zu einer Knebelung der Gegenpartei führt, also über § 138 BGB nichtig ist, wird dagegen nichts einzuwenden sein. Aber unnötig und unmöglich ist es, daß jede dieser Abreden eine besondere – und gar noch irreführende – Bezeichnung trägt. Man sollte also diese „Ausdehnungsform“ aus der Diskussion um den EV herauslassen.

2. Der erweiterte Eigentumsvorbehalt

Anders verhält es sich bei der Ausdehnung des einfachen EV, die man üblicherweise als den erweiterten EV bezeichnet. Im Unterschied zum EV des § 455 BGB wird hierbei dem Eigentumsübergang die vollständige Bezahlung nicht nur der in Frage stehenden EV-Ware, sondern auch noch anderer Waren als aufschiebende Bedingung hinzugefügt, §§ 929, 158 Abs. 1 BGB. Hauptsächlich zwei Arten der Erweiterung des EV treten besonders in Erscheinung¹⁵).

a) Der Kontokorrentvorbehalt

Die Parteien treffen die Vereinbarung, der Eigentumsübergang sei aufschiebend bedingt durch die vollständige Bezahlung aller Waren, die der Verkäufer dem Käufer geliefert habe oder noch liefere. Die vom EV her bekannte Verkäufer-Sicherung wird danach auf die gesamte Geschäftsverbindung zwischen Ver-

13) Bei der Zuerkennung eines Anspruchs aus § 826 BGB ist die Rechtsprechung aus guten Gründen zurückhaltend; RG JW 1910, 705–706; 1922, 1390 mit Anm. von Oertmann; 1925, 1752; RGZ 78, 17–18; 83, 239–240; RGK, § 826, Anm. 5 e; Rühl, S. 77; Jacusiel, S. 93; s. auch Löbl, AcP 130, 1 ff., vor allem 65 ff., 68–69

14) Hierzu: Grundsätze der Reichsgruppe Industrie, Sonderdruck S. 8 (unten), wonach die hier in Frage kommenden Nebenverpflichtungen zu Recht nicht als Erweiterungen des einfachen EV gelten

15) Lehmann lehnt beide Erscheinungsformen des erweiterten, wie auch den weitergeleiteten EV – aus rechtspolitischen Gründen ab; Reform, S. 18, 56, 58, 59, 79 (§ 20 des vorgeschlagenen Kreditsicherungsgesetzes); s. auch ZAkDR 1939, 263. Ablehnend wohl auch Letzgus, S. 8; Wieacker, ZAkDR 1938, 593–594 („pathologische Generalthypotheken“); auch Mückenberger, NJW 1958, 1756 steht dem erweiterten EV „vom Standpunkt der Rechtssicherheit“ aus kritisch gegenüber

käufer und Käufer ausgedehnt. Erst wenn alle Forderungen des Verkäufers gegen den Käufer beglichen sind, geht das Eigentum an der gelieferten Ware über.

Das Reichsgericht (RGZ 147, 321 ff.) hatte über eine derartige Kontokorrentabrede zu entscheiden und hat sie für zulässig erklärt. Der Entscheidung lag folgende Klausel zugrunde:

„Bis zur restlosen Bezahlung . . . verbleibt die Ware mein unumschränktes Eigentum. Von mir gelieferte, bereits bezahlte, aber noch vorhandene Ware haftet gleicherweise unter Berücksichtigung etwaiger Qualitätsminderung für alle meine noch offenstehenden Forderungen.“

Das Reichsgericht (a. a. O., S. 325) betont, daß in den Bereich des EV auch die Sicherung von Ansprüchen fallen könne, die ihren Entstehungsgrund in anderen Rechtsgeschäften der Vertragsschließenden haben. Vom Standpunkt der Vertragsfreiheit aus sei die Klausel zulässig (S. 327). In Übereinstimmung mit dem OLG Breslau – als Vorinstanz – faßt das RG die Klausel dahingehend auf, daß der Eigentumsübergang durch die Kontokorrentabrede nicht auf unabsehbare Zeit hinaus gehindert wird. Der unwiderrufliche Eigentumsübergang tritt ein, wenn vor einer neuen Lieferung alle Verbindlichkeiten aus den früheren Lieferungen abgedeckt sind (S. 330).

Rühl (S. 82) macht mit Recht darauf aufmerksam, daß das Eigentum, wenn es einmal bei völliger Tilgung der Forderungen auf den Käufer übergegangen ist, nicht wieder ohne besonderen Übertragungsakt nachträglich in der Person des Verkäufers aufleben kann.

Besteht zwischen den Vertragsparteien ein echtes Kontokorrent-Verhältnis im Sinn des § 355 HGB, so dient der vereinbarte EV zur Sicherung der jeweiligen Saldoforderung, § 356 HGB. Er erlischt nicht etwa durch die Saldoanerkennung, sondern erst in dem Moment, in welchem der Verkäufer seine Schulden gegenüber dem Verkäufer aus allen getätigten Warenlieferungen beglichen hat¹⁶⁾.

Die durchaus herrschende Meinung erkennt den Kontokorrent-Vorbehalt als grundsätzlich zulässig an¹⁷⁾. Eine andere Frage ist die, ob er nicht im Einzelfall

¹⁶⁾ hierzu: Geiler, JW 1930, 2901–2903; Neuschäffer, JW 1935, 3517; Bley, ZAkDR 1937, 42; Schlegelberger-Hefermehl, § 356, Anm. 6

¹⁷⁾ s. z. B. Erman-Böhle-Stamschräder, § 455, Anm. 9; Palandt-Hoche, § 929, Anm. 6 A; Flume, NJW 1950, 849; Jacusiel, S. 3–4; Meisner, S. 9; Rühl, S. 81–82; Kurtenbach, S. 84; Mertens, S. 52–54; Stulz, JW 1932, 2588; Hofmann, S. 78; OLG (KG) 33, 271; BGH NJW 1958, 1231; weitere Nachweise bei Larenz II, S. 75, Anm. 2. Larenz selbst tritt der h. L. nicht bei. Er ist der Auffassung, diese Klausel sei abzulehnen, da sie dem Sinn des Kaufvertrages widerspreche. Der Verkäufer halte – trotz vollständiger Zahlung des Kaufpreises durch den Käufer – seine Leistung (nämlich die Verschaffung des Eigentums) praktisch auf unbegrenzte Zeit zurück. Entgegen Larenz ist eine derartige Abrede dennoch eine Frage der Vertragsfreiheit. Wird mit ihr – wie er sagt – im Einzelfall „offenbarer Mißbrauch“ getrieben, greift § 138 BGB ein. Das ist unstreitig. Wenn Larenz aber fordert, die Rechtsordnung dürfe einen solchen Verstoß gegen die Verkäuferpflichten nicht zulassen, begibt er sich auf das Gebiet der Rechtspolitik. Von da aus kann kein Urteil über die grundsätzliche Zulässigkeit des Instituts gefällt werden

unter Berücksichtigung aller Umstände eine allzu starke Beeinträchtigung der rechtlichen Stellung des Käufers darstellt. Dies wird, wie Rühl (S. 82) mit Recht betont, aber nur in Ausnahmefällen bejaht werden können. Grundsätzlich ist der Kontokorrent-Vorbehalt als zulässige Form der Erweiterung des EV anzusehen¹⁸⁾.

b) Der Konzernvorbehalt

Bisweilen treffen die Parteien auch die folgende Vereinbarung zur Erweiterung des einfachen EV: der Verkäufer behält sich das Eigentum an der VB-Ware vor bis zur vollständigen Bezahlung nicht nur seiner eigenen Forderung, sondern auch der Forderungen anderer Gläubiger des VBK. Erst dann, wenn der Käufer seine sämtlichen Schulden gegenüber dem Verkäufer und den im einzelnen bezeichneten anderen Gläubigern abgetragen hat, tritt die Bedingung ein, und er wird Eigentümer.

Es liegt nahe, daß der VBK nicht willkürlich Gläubiger des Käufers auswählt, um ihre Forderungen mit seinem Eigentum abzusichern. Üblicherweise werden nur solche Lieferanten des VBK in das Sicherungsgeschäft eingeschaltet, die dem gleichen Konzern angehören wie der Vorbehaltsverkäufer¹⁹⁾. Dabei hat man unter Konzern zu verstehen die organisatorisch-wirtschaftliche Zusammenfassung mehrerer rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung²⁰⁾.

Die Meinungen über die Zulässigkeit des Konzernvorbehalts sind in der Literatur geteilt²¹⁾. Die bejahenden Stimmen (so etwa Schlegelberger-Hefermehl a. a. O.) nehmen Bezug auf die Entscheidung RGZ 147, 321 ff., wonach die Kontokorrentklausel für zulässig erklärt worden war. Die ablehnenden Meinungen vermengen meist in unzulässiger Weise die Frage der Zulässigkeit mit rechtspolitischen Erwägungen.

Enn-Lehmann (S. 482) betrachten den Konzern-Vorbehalt als rechtspolitisch mißbilligenswert, weil dadurch der Zusammenhang zwischen Sicherungsmittel und zu sichernder Forderung auf Kosten der Klarheit der dinglichen Rechtslage zu weitgehend anerkannt werde²²⁾.

Ich halte das Ergebnis für richtig, die Begründung aber in dieser Form für unzutreffend. Bei allen Fragen, die im Rahmen irgendwelcher Erscheinungs-

¹⁸⁾ Die Frage, ob der Kontokorrent-Vorbehalt rechtspolitisch zu billigen ist oder nicht (Flume, NJW 1950, 849), gehört nicht hierher; vgl. hierzu neuerdings Wunschel, NJW 1959, 655–656

¹⁹⁾ Kritisch zum Konzernvorbehalt in Verbandsbedingungen s. Benisch, WuW 1953, 607; zur kartellrechtlichen Seite s. Langen, S. 75 ff. mit vielen Angaben

²⁰⁾ Ähnlich: § 15 Abs. 1 AktG.; s. auch Friedländer, S. 16 mit Nachweisen

²¹⁾ Dafür: z. B. RGRK, § 455, Anm. VII, 12; Schlegelberger-Hefermehl, Anhang zu § 368, Anm. 33; Palandt-Hoche, § 929, Anm. 6 A
Dagegen: z. B. Rasch, S. 161–162

²²⁾ Auch Rasch, S. 161, argumentiert so; nur hält er das Argument – wie sich aus dem Zusammenhang ergibt – nicht für ein rechtspolitisches; vgl. auch Brandes, S. 12–13; abl. auch Mertens, S. 54 mit Nachweisen

formen des EV zu prüfen sind, steht der Sicherungsgedanke notwendigerweise im Vordergrund. Er ist Rechtfertigung und zugleich Grenze dieser Rechtsgebilde. Wichtig ist danach in jedem Fall der Zusammenhang zwischen EV und der gesicherten Forderung²³⁾.

Bei der Kontokorrent-Abrede war dieser Zusammenhang insofern noch als gegeben zu betrachten, als man sich die Geschäftsverbindung zwischen VBV und VBK auch als ein einheitliches Rechtsband vorstellen kann. Aus dieser Rechtsbeziehung kann sogar – bei echtem Kontokorrent-Verhältnis – eine selbständige Kontokorrent-Forderung (Saldo) hervorgehen²⁴⁾. Anders bei den Rechtsbeziehungen des Schuldners zu den einzelnen Konzernunternehmen. Jedes dieser Rechtsgeschäfte behält eine unumschränkte Selbständigkeit²⁵⁾. Dieser grundlegende Unterschied muß bei der Betrachtung der verschiedenen Formen des erweiterten EV beachtet werden²⁶⁾.

Bei der Konzernklausel fehlt im Gegensatz zur Kontokorrentklausel der aus dem Gedanken des Sicherungszwecks erforderliche Zusammenhang zwischen Sicherungsmittel und zu sichernder Forderung. Damit ist der Konzernvorbehalt bereits aus diesem Grunde als unzulässig zu bezeichnen²⁷⁾. Als Ergebnis ist damit zum erweiterten EV festzustellen: Während der Kontokorrentvorbehalt wirksam vereinbart werden kann, ist der Konzernvorbehalt wegen Überschreitung der durch den Sicherungszweck gesteckten Grenzen abzulehnen.

Die Abgrenzung zwischen verlängertem und erweitertem EV zeigt sich bei folgender Überlegung: der vEV „verfolgt“ die EV-Ware und ihre wirtschaftlichen „Surrogate“ durch verschiedene Handelsstufen. Zur Sicherung dient jeweils lediglich die EV-Ware oder die durch Verarbeitung entstehende neue Ware oder die Forderung oder der Erlös. Anders beim erweiterten EV: hier soll die Sicherung auch andere Waren mit umfassen. Plastisch ausgedrückt: Der vEV ist eine Ausdehnung der Sicherung in vertikaler Richtung, der erweiterte EV dagegen in horizontaler Richtung²⁸⁾.

3. Der weitergeleitete Eigentumsvorbehalt

Der weitergeleitete EV sucht den Untergang des vorbehaltenen Eigentums bei dem Erwerb der Sache durch einen Dritten zu vermeiden²⁹⁾. Der Käufer über-

²³⁾ s. hierzu auch Rühl, S. 79 ff.

²⁴⁾ vgl. Schlegelberger-Hefermehl, § 355, Anm. 40

²⁵⁾ so auch RGRK, § 455, Anm. VII, 12

²⁶⁾ Daher ist der Schluß aus RGZ 147, 321 ff., den Schlegelberger-Hefermehl im Anhang zu § 368 HGB, Anm. 33, ziehen, nicht zwingend

²⁷⁾ Die Erwägung, die Konzernklausel bringe eine unerwünschte Unklarheit und Unsicherheit der dinglichen Rechtslage mit sich, ist daher überflüssig. – Demgegenüber läßt sich auch aus dem Gedanken der Vertragsfreiheit heraus ein anderes Ergebnis nicht rechtfertigen

²⁸⁾ vgl. Flume, NJW 1950, 841; Schlegelberger-Hefermehl, Anhang zu § 368, Anm. 21; Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 26 a

²⁹⁾ Insoweit rechtfertigt es sich, daß er bisweilen (z. B. Hochgürtel, S. 36–37; Flume, S. 848; Sommer C, I) im Zusammenhang mit der Vorausabtretungsklausel behandelt wird; die Unterschiede sind aber grundsätzlicher Natur

nimmt hier die Verpflichtung³⁰⁾, seinerseits an seinen Abnehmer auch wieder unter EV zu verkaufen und zu veräußern, wenn im Moment der Weiterveräußerung der VBW hinsichtlich seiner Forderung noch nicht befriedigt sein sollte. Nicht hierher gehört also der Fall, daß die EV-Ware vom VBK bereits gezahlt ist und er dann bei ihrem Weiterverkauf unter EV verkauft. Das Sicherungsinteresse des VBW ist in diesem Zeitpunkt bereits entfallen. Der Käufer ist Eigentümer und hat beim Weiterverkauf freie Hand.

Veräußert er aber vorher weiter, ist er vom VBW zur Weiterveräußerung ermächtigt, § 185 BGB, und hat den im Verhältnis zwischen ihm und seinem VBW³¹⁾ zur Sicherung der Kaufpreisforderung bestehenden EV „weiterzuleiten“. Dabei wird unterschieden:

a) Die „offene“ Weiterleitung

Hierbei ist der VBK gehalten, seinem Abnehmer den EV des VBW zu offenbaren und diesen Vorbehalt in das neu entstehende Rechtsverhältnis zu übertragen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, macht er sich schadensersatzpflichtig; insofern handelt es sich hierbei nicht um eine „absolute“ Sicherung. Eine solche Vereinbarung ist in der Praxis selten. Das erklärt sich daraus, daß der VBK unter derartigen Umständen nur schwer einen Abnehmer finden wird. Daraus folgt auch, daß bei dieser Abrede im Einzelfall genau zu prüfen ist, ob die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Käufers nicht in unzulässiger Weise beschränkt ist, was nach §§ 138, 139 BGB zur Nichtigkeit dieser Abrede führen würde³²⁾.

b) Die „verdeckte“ Weiterleitung

In diesem Falle verpflichtet sich der VBK dem VBW gegenüber, sich beim Weiterverkauf der VB-Ware das Eigentum vorzubehalten. Der Abnehmer erfährt also nicht, daß der VBK seinerseits die Ware noch nicht bezahlt hat. Der VBK ist dann im Zeitpunkt der Vereinbarung des EV noch nicht Eigentümer der VB-Ware. Er wird es erst bei vollständiger Zahlung des Kaufpreises an den VBW. Rein begrifflich kann sich ein Nicht-Eigentümer nicht sein Eigentum zu seiner Sicherung vorbehalten. Dennoch läßt man zu Recht den EV auch hier zu³³⁾. Die Vereinbarung des EV wird mit Zahlung des Kaufpreises an den VBW wirksam, § 185, II BGB³⁴⁾. In der Regel aber ist anzunehmen, daß in der Vereinbarung, der VBK solle den EV „verdeckt“ weiterleiten, auch die Einwilligung zu aufschiebender bedingter Übereignung an den Drittabnehmer liegt, § 185, I BGB³⁵⁾.

³⁰⁾ Also keine dingliche Sicherung; vgl. auch Hochgürtel, S. 37

³¹⁾ Abweichend OLG Stuttgart HRR 1930, 1916

³²⁾ Hierzu Jacusiel, S. 34; Hauß, S. 52 mit weiteren Nachweisen

³³⁾ Rühl, S. 72, schlägt statt „Eigentumsvorbehalt des Nichteigentümers“ den Ausdruck „Eigentumsvorenthalt“ vor; Hirsch, S. 25; Brandes, S. 10

³⁴⁾ Hierzu Staudinger-Ostler, § 433, Anm. 106; § 455, Anm. 16; RG Recht 1910, Nr. 4066; RG WarnR 1932, Nr. 148; OLG (Hamburg) 31, 324

³⁵⁾ vgl. auch Staudinger-Coing, § 185, Anm. 4; der VBK überträgt hier nicht etwa das ihm zustehende Anwartschaftsrecht; dafür bedürfte es nicht des § 185 BGB, weil er insoweit „Berechtigter“ ist; vgl. auch BGHZ 20, 100 und Hofmann, S. 126

Die Frage ist aber, wann der Drittabnehmer Eigentümer wird. Solange er den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat, ist er lediglich Besitzer und hat ein Anwartschaftsrecht auf den Erwerb des Volleigentums. Das Eigentum steht nach wie vor beim ursprünglichen VBV. Dieser hat ein Interesse daran, das Eigentum erst dann zu verlieren, wenn seine Forderung beglichen ist, auch wenn der Drittabnehmer schon vorher an seinen Vertragspartner – den VBK – den vollständigen Kaufpreis gezahlt hat. Das Sicherungsinteresse des VBV kann aber nicht stärker sein als das berechnigte Interesse des Drittabnehmers, mit vollständiger Zahlung seinerseits Eigentümer der Ware zu werden. Der Grundsatz muß auch hier gelten, daß mit Eintritt der Bedingung – Zahlung des Preises – das Anwartschaftsrecht zum Vollrecht erstarkt. Zahlt also der Dritte die letzte Rate, so erwirbt er unmittelbar vom VBV Eigentum³⁶). Der VBV verliert seine Sicherung. Insoweit ist die verdeckte Weiterleitung des EV zulässig; sie gibt dem VBV Sicherheit bis zur Zahlung durch den Drittabnehmer.

Wenn VBV und VBK aber vereinbaren, die Zahlung des Dritten führe nicht den Eigentumsübergang auf ihn herbei, sondern er werde erst dann Eigentümer, wenn der VBK – oder etwa auch der Dritte – an den VBV zahle, so ist eine solche Abrede unwirksam. Sie können nicht über das Recht des Dritten ohne dessen Zustimmung wirksam verfügen³⁷).

Grundsätzlich ist demnach der weitergeleitete EV zulässig³⁸). Rechtspolitische Bedenken, insbesondere dahingehend, er verschleierte die Eigentumsverhältnisse allzusehr, können an diesem Ergebnis nichts ändern. Der Unterschied zum vEV ergibt sich daraus, daß beim weitergeleiteten EV die Sicherung durch das ursprüngliche Eigentum fortgesetzt wird, während der vEV auf die „wirtschaftlichen Surrogate“ übergreift, um die Sicherung zu verlängern.

III. KRITIK DER BEZEICHNUNGEN

Der Oberbegriff für den verlängerten, den erweiterten und den weitergeleiteten EV in seinen jeweiligen Erscheinungsformen ist: Ausdehnung des einfachen EV. In den Grundsätzen der Reichsgruppe Industrie vom 18.3.1938 ist als Oberbegriff „Erweiterungen des einfachen EV“ gebraucht³⁹). Diese Bezeichnung ist als Sammelbegriff der Ausdehnungen irreführend, da eine der Ausdehnungen als erweiterter EV bezeichnet wird.

Treffend ist der Ausdruck: weitergeleiteter EV. Der Käufer ist verpflichtet, seinem Abnehmer den bereits bestehenden EV „weiterzugeben“, ihn „weiter-

³⁶) So im Ergebnis auch v. Wehner, S. 92, der aber den weitergeleiteten EV ablehnt; s. auch Hirsch, S. 27; Bensinger, LZ 1933, 891; s. aber auch Neuschäffer, JW 1935, 3517–3518

³⁷) Ähnlich auch Neuschäffer, ZAKDR 1936, 635

³⁸) Mertens, S. 68, lehnt ihn – da nicht „rechtspolitisch erwünscht“ – ab; s. auch Lehmann, ZAKDR 1939, 264; Schwister, JW 1938, 1858–1859

³⁹) DJ 1938, 610; Sonderdruck S. 4, 9. Den „Grundsätzen“ ist auch der Ausdruck „Ausdehnungen des EV“ bekannt, so in Ziffer 10, letzter Satz, Sonderdruck, S. 12

zuleiten". Unzutreffend aber ist der Begriff „erweiterter EV". Ausgangspunkt ist der Vorbehalt des Eigentums an der speziellen EV-Ware. Soweit im Rahmen des Kontokorrent-Vorbehaltes andere Waren noch nicht bezahlt sind, ist auch hier ein Vorbehalt des Eigentums denkbar. Soweit sie aber bezahlt sind, und soweit sich die – abgelehnte – Konzernklausel erstreckt, kann der Begriff „erweiterter EV" nicht das Wesen treffen. Wenn die Ware schon bezahlt ist, oder wenn es sich um fremde Ware handelt, kann sich der Verkäufer nicht das Eigentum an ihr vorbehalten und insoweit seinen „Vorbehalt" erweitern. Das ist auch nicht die Absicht des Verkäufers. Er will – und kann – seine Sicherung erweitern, nicht aber seinen EV.

Ebenso unzutreffend ist die Bezeichnung „verlängerter Eigentumsvorbehalt". Die drei Klauseln des vEV wurden gerade deshalb getroffen, weil das ursprüngliche Eigentum untergeht, es also nicht vorbehalten werden kann. Nicht das Eigentum bzw. sein Vorbehalt wird verlängert, sondern die Sicherung, die vorher durch das vorbehaltene Eigentum gegeben war⁴⁰). Sie allein kann über die einzelnen Grenzen des einfachen EV verlängert werden.

Genau genommen ist nur die Weiterleitung des EV eine Verlängerung. Denn nur hier bleibt der ursprüngliche EV erhalten⁴¹).

Man hat diese nicht nur unscharfe, sondern unzutreffende⁴²) Bezeichnungsweise der einzelnen Ausdehnungen des EV (richtiger: Ausdehnungen der durch den EV gegebenen Sicherheit) schon oft als störend empfunden. Die Ausdrücke haben sich aber – trotz der Begriffsverwirrung – derart eingebürgert, daß der Versuch, neue Ausdrücke zu prägen, von vornherein scheitern muß⁴³). Die angestrebten Neuerungen sind überdies durchweg auch nicht genauer. So wurde vorgeschlagen, anstelle von „verlängertem EV" zu sagen: „Vorbehaltersatzanspruch"⁴⁴). Positiv zu werten ist daran, daß klar wird, daß es sich um den „Ersatz", um das „Surrogat" handelt. Aber er ist nicht der Ersatz für den Vorbehalt, sondern für die vorher durch das Eigentum gewährte Sicherheit.

Auch die Bezeichnung „Eigentümergebot" ist nicht korrekt. Sie ist insofern besser, als sie mit dem Eigentümer denjenigen bezeichnet, der sich etwas vorbehält, sei es das Eigentum oder – eine sonstige Sicherung. Doch damit ist bereits wieder die Grenze gegeben: sonstige Sicherungen kann sich der Eigentümer nicht vorbehalten, er kann sie sich nur ausbedingen.

Richtiger wäre etwa: „erweiterte" und „verlängerte Eigentümergebot", wobei jedoch zu bedenken ist, daß es sich nicht um die Erweiterung und Verlängerung der Sicherung des derzeitigen Eigentümers bzw. Forderungsinhabers, sondern des „vormaligen" Eigentümers der EV-Ware handelt.

⁴⁰) Ähnlich Haas, S. 70

⁴¹) Teilweise unrichtig: Haas, S. 73, der auch die Verarbeitungsklausel und den erweiterten EV als „echte Verlängerung" bezeichnen will; richtig wohl Hochgürtel, S. 7, 36, 37

⁴²) So auch Haas, S. 70, für die Vorausabtretungsklausel; ähnlich Letzgus, S. 7

⁴³) Ähnlich Haas, S. 72

⁴⁴) RGRK, § 455, Anm. VII, 10, mit Hinweis auf RGZ 149, 102; gebilligt durch v. Wehner, S. 14

Auch Teilreformen bezüglich der Ausdrücke wurden vorgeschlagen. So wurde die Verarbeitungsklausel bisweilen auch schon als „erstreckter EV“ bezeichnet⁴⁵⁾. Ich halte diesen Ausdruck, der ebenso unscharf ist wie viele andere, nicht für einen Gewinn im Durcheinander der Begriffe.

Trotz dieser unentbehrlichen Kritik werden im weiteren Verlauf der Untersuchung die gebräuchlichen Ausdrücke beibehalten. Dabei wird auch im Rahmen des verlängerten EV von VBV und VBK gesprochen.

⁴⁵⁾ Enn.-Lehmann, S. 477; ihm folgend: v. Wehner, S. 14, 71 ff.; Fischer, S. 6, Anm. 9 bezeichnet gar die Verkaufserlösklausel als „erstreckten EV“

C. ERSCHEINUNGSFORMEN DES VERLÄNGERTEN EIGENTUMSVORBEHALTES

I. DIE VERARBEITUNGSKLAUSEL¹⁾

Im folgenden werden zunächst die drei Formen des vEV und die jeweils auftauchenden Rechtsfragen behandelt. Entsprechend den drei Phasen beginnt die Untersuchung mit der Verarbeitungsklausel.

1. Das Problem

Das Problem wurde bereits angedeutet. Zu seiner Verdeutlichung ein typischer Sachverhalt:

Der Lieferant L. verkauft und übergibt dem Fabrikanten F. Ware. F. will sie bestimmungsgemäß in den Produktionsprozeß seines Unternehmens eingliedern. Das ist dem L. bekannt. Obwohl also die Ware zur Verarbeitung bestimmt ist, vereinbaren L. und F. den EV zugunsten des L. zur Sicherung seiner Kaufpreisforderung.

Zahlt F. vor der Verarbeitung der Ware, so geht das Eigentum gemäß §§ 455, 929, 158, I BGB auf ihn über. Er verarbeitet dann seine eigene Sache. Die Verarbeitung ist für L. ohne Belang.

Nimmt F. aber die Verarbeitung vor vollständiger Zahlung des Kaufpreises an L. vor, verarbeitet er eine fremde Sache, die dem L. zur Sicherung des von ihm an F. gegebenen Warenkredits zu dienen bestimmt ist. Damit macht er sich aber nicht der Unterschlagung, § 246 StGB, schuldig, denn er verarbeitet mit Einwilligung des Lieferanten. Bei Waren, die zur Verarbeitung bestimmt sind, ist dem Käufer durch ausdrückliche oder auch stillschweigende Abmachung die Verarbeitung gestattet²⁾, soweit nicht ein anderes vereinbart wird³⁾. Diese Gestattung der Verarbeitung bezieht sich nur auf die Verarbeitung selbst; für die

1) Aus praktischen Erwägungen heraus werden die Parteien (Vorbehaltsverkäufer und Vorbehaltskäufer) innerhalb der Verarbeitungsklausel – juristisch ungenau – weitgehend als Lieferant und Fabrikant bezeichnet

2) Die Gestattung der Verarbeitung liegt im Interesse beider Vertragsparteien. Müßte der Fabrikant mit der Verarbeitung bis zur vollständigen Bezahlung der Ware warten, wäre die Ware für ihn vorerst praktisch ohne Wert. Der Lieferant ist im Hinblick auf seine Kaufpreisforderung daran interessiert, daß der Fabrikant die Ware verarbeitet und so den Umsatzprozeß fortführt. S. auch Stulz, S. 23; Haas, S. 17; Hirsch, S. 47, Anm. 2; Schagen, S. 5–7, 24–26; Schwartz, IHK, S. 24; OLG (Colmar) 15, 236; RG BA XXVIII, 186

3) wobei im Einzelfall zu prüfen sein wird, ob darin nicht eine unzulässige – da zu weit gehende – Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit des F. liegt, § 138 BGB

Rechtsfolgen, die auf Grund der Verarbeitung eintreten, ist sie ohne Bedeutung. Das Eigentum des L. – und damit dessen Sicherung – geht gemäß § 950 BGB durch die Verarbeitung unter. Das Sicherungsinteresse des L. besteht aber über den Vorgang der Verarbeitung hinaus, nämlich bis zur Zahlung der letzten Rate des Kaufpreises. Das Problem besteht somit darin, die durch das Eigentum an der EV-Ware bis zur Verarbeitung gewährleistete Sicherheit über den Vorgang des Verarbeitens durch F. hinaus zu verlängern. Am praktischsten wäre es, wenn die angestrebte Sicherung nicht durch andere Waren, sondern durch die infolge der Verarbeitung entstehende neue Ware erreicht würde. Dieses Bestreben ist auch allein mit der Natur des EV vereinbar. Andere Sicherungen, etwa Bestellung eines Pfandrechts an der neuen Sache, oder aber Sicherungsübereignung anderer Waren haben außerhalb der Diskussion zu bleiben⁴⁾. Die Sicherung soll also durch das Eigentum an der neuen Sache verkörpert werden.

Die Verarbeitungsklausel kommt in den weitaus meisten Lieferungsbedingungen vor, soweit die Waren dieser Unternehmen zur Verarbeitung bestimmt oder geeignet sind. Die Auffassung, die in Staub's Kommentar zum HGB⁵⁾ vertreten wird, es handele sich hierbei um einen Ausnahmefall, der im Handelsverkehr als ausgeschlossen erachtet werden könne, ist durch die Entwicklung längst überholt⁶⁾. In der Praxis vereinbaren die Vertragspartner zu diesem Zweck üblicherweise etwa folgendes:

„Die Ware bleibt auch nach Verarbeitung Eigentum des Verkäufers, solange der Käufer die Ware noch nicht vollständig bezahlt hat.“

Diese sehr allgemein gehaltene Klausel wirft bereits die beiden Hauptfragen bei der Verarbeitungsklausel auf:

- a) Auf welchem konstruktiven Weg soll der Verkäufer an das Eigentum an der nach § 950 BGB dem Verarbeiter – und Käufer – gehörenden Ware herankommen?
- b) Wenn sich eine Lösung zu a) findet, inwieweit soll dem Verkäufer das Eigentum zustehen?

Hierin liegt das Problem der Verarbeitungsklausel. Über seine Lösung herrscht lebhafter Streit⁷⁾.

2. Die Verarbeitung

Auf die Frage: „Wer wird Eigentümer der verarbeiteten Sache?“ wurden verschiedene Antworten gegeben, je nachdem, welchen Faktor – Stoff oder

⁴⁾ Die Sicherung auf diesen Wegen zu erreichen, bietet keine besonderen Probleme, die im Rahmen dieser Arbeit zu behandeln wären

⁵⁾ 12. und 13. Aufl., 1927, Anh. zu § 382, Anm. 68 a

⁶⁾ Hierzu auch Rühl, S. 39, und Schagen, S. 7–8

⁷⁾ s. für alle: Westermann, S. 258–260

Arbeit – man in den Vordergrund rückte. Bevor auf die heutige Lösung des Problems der Verarbeitung eingegangen werden kann⁸⁾, ist kurz die Geschichte des Streits um den Eigentumserwerb bei der Verarbeitung zu beleuchten.

a) Historische Entwicklung des Streits

Im römischen Recht⁹⁾ herrschte in diesem Punkt Streit. Die beiden Rechtsschulen der Proculianer und der Sabinianer vertraten gegensätzliche Auffassungen. Die Meinungsverschiedenheit wird von Gaius in D. 41, 1, 7, 7 geschildert:

„cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat. Sabinus et Cassius magis naturalem rationem efficere putant, ut qui materiae dominus fuerit, idem eius quoque, quod ex eadem materia factum sit, dominus esset, quia sine materia nulla species effici possit.“

Die Proculianer sehen also als entscheidenden Faktor die Umformung durch den Verarbeitenden an, die Sabinianer dagegen legen das Hauptgewicht auf die Materie. Der Streit um die nova species lag demnach auf der Ebene Form-Materie. Die Begründung für die Verschiedenheit der Ansichten hat Sokolowski zutreffend in der philosophischen Grundhaltung der beiden Rechtsschulen gesehen¹⁰⁾.

Die Proculianer sind beeinflusst von der Philosophie der Peripathetiker; eine neue Form bedeutet eine neue Sache, die dem zuzuweisen ist, der sie hergestellt hat. Die Sabinianer aber vertreten die Stoa; allein entscheidend ist die Materie als der Urstoff der Dinge. Aus diesem unlösbaren Gegensatz heraus entwickelte Justinian die sog. „media sententia“ (Inst. 2, 1, 25). Hiernach bleibt das Eigentum auch nach Verarbeitung des Stoffes beim Stoffeigentümer, wenn sich das Verarbeitungsprodukt wieder auf den alten Stoff zurückführen läßt; ist das unmöglich, ist eine neue Sache entstanden, an der dem Spezifikant das Eigentum gebührt. Man ist sich heute darüber einig, daß die Lösung des Streites durch Justinian eine mißglückte Notlösung darstellt¹¹⁾.

Das ältere deutsche Recht hat sich anders entschieden. Das geht hervor aus der Stelle des Schwabenspiegels (L) 373: „Swer us froemedem holze ein schif machet und wücket oder ander ding, swez das holz ist des ist ouch das werch, das da von gemacht wirt.“

Der Schwabenspiegel sprach das Eigentum an der neuen Sache also dem Stoffeigentümer zu.

⁸⁾ Eine Behandlung dieser Frage ist nötig, da § 950 BGB im Mittelpunkt der Erörterungen um die Verarbeitungsklausel steht

⁹⁾ Zum Folgenden vgl.: Kaser I, S. 362; Windscheid-Kipp, § 187, S. 967–971; Plemper, S. 14–15; Käfer, S. 15–17; Kirchner, S. 8–10; Hedemann, SR, S. 157–158; Wolfgramm, S. 2–3

¹⁰⁾ Sokolowski, a. a. O., insbes. S. 259–283; zweifelnd dazu Käfer, S. 16

¹¹⁾ Kirchner, S. 9; Stulz, S. 23; Hedemann, SR, S. 158; Planck-Strecker, § 950, Anm. 1 a

Die Rezeption brachte wieder Justinians Entscheidung. Diese Lösung wurde im Gemeinen Recht nicht übernommen. Die neue Werte schaffende Arbeit gewann immer mehr an Bedeutung. So traf denn auch das Preußische Allgemeine Landrecht, I, 9, § 304, die Regelung, daß grundsätzlich der Verarbeitende Eigentümer der neuen Sache wird.

b) Die heutige Lösung

Eine so wichtige Frage mußte in einer Kodifizierung des Zivilrechts behandelt werden. Das BGB hat in § 950 zur Verarbeitung Stellung genommen.

aa) Die Entscheidung des BGB

Das BGB hat sich in dem Streit dahingehend entschieden: Wer durch Verarbeitung¹²⁾ eines oder mehrerer Stoffe eine neue bewegliche Sache herstellt, erwirbt das Eigentum an der neuen Sache. Dies ist der Grundsatz; er gilt nicht, wenn der Wert der Verarbeitung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Die Vorschrift des § 950 BGB will die produktive, werteschaftende Arbeit, die eine neue Sache zustandebringt, im Rechts- und Wirtschaftsleben anerkennen. Ihr weist es das Eigentum am Ergebnis der Verarbeitung zu¹³⁾. Beim Schutz der Arbeitsleistung geht das Gesetz so weit, daß es auf die Gut- oder Bösgläubigkeit des Verarbeitenden nicht ankommt; also auch der Dieb kann durch Verarbeitung Eigentümer der gestohlenen Sache werden¹⁴⁾.

Die Entscheidung des BGB war nicht die einzig mögliche, wie es sich durch einen Blick auf die historischen Lösungen bestätigt. Zugleich ergibt sich ein weiteres aus dem Vergleich mit den früheren Lösungsversuchen dieses Problems. Das BGB hatte nicht die Absicht, den Konflikt zwischen Kapital und Arbeit, zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer in einer bestimmten Richtung zu entscheiden. Es konnte bei der Entscheidung des Gesetzes nur darum gehen, den Konflikt zwischen Rohstofflieferant und Verarbeiter zu lösen¹⁵⁾. Diesen Konflikt hat das BGB zugunsten des Verarbeiters entschieden. Die Bedeutung der Entscheidung liegt auf wirtschaftspolitischem, nicht aber auf sozialpolitischem Gebiet¹⁶⁾.

¹²⁾ Die noch genannte Umbildung ist gegenüber der Verarbeitung weiter, so Westermann, S. 255; a. A. Kirchner, S. 14; sie kann außer Betracht bleiben

¹³⁾ Hierzu Westermann, S. 254, 260; Wolff-Raiser, S. 269; Schagen, S. 12; s. auch Mot. III, 361

¹⁴⁾ RGSt 53, 167; vgl. Palandt-Hoche, § 950, Anm. 1; Staudinger-Berg, § 950, Anm. 1; Wolff-Raiser, S. 272; diese Lösung wird als „übertrieben“ und „zu starr“ bezeichnet; Krückmann, IJb. 65, S. 232, Anm. 1, steht aber nicht im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut. Anders Art. 726 ZGB (Schweiz), wonach der Richter bei Bösgläubigkeit des Verarbeitenden dem Stoffeigentümer das Eigentum an der neuen Sache zusprechen kann; vgl. auch Staehelin, S. 100

¹⁵⁾ So auch Westermann, S. 254

¹⁶⁾ was auch Wolff-Raiser, S. 270, hervorheben

Wenn auch die Entscheidung des BGB nicht einhellig begrüßt worden ist¹⁷⁾, so hat sie dennoch einen Vorteil: sie ist klar und eindeutig. Die Voraussetzungen sind dreierlei¹⁸⁾: es muß eine Herstellung in Form der Verarbeitung vorliegen; daraus muß eine „neue“ Sache entstanden sein; der Wert der Arbeit darf nicht erheblich geringer sein als der des Stoffes. Wenn diese drei Voraussetzungen gegeben sind, tritt die Rechtsfolge ein, ohne Rücksicht auf Billigkeitserwägungen oder auf entgegenstehenden Willen.

bb) Die Rechtsnatur der Verarbeitung

Nach § 950 BGB wird zum Eigentumserwerb die Herstellung durch Verarbeitung verlangt. Der Begriff der Verarbeitung ist nicht im technischen Sinne zu verstehen, etwa im Gegensatz zur Bearbeitung (vgl. § 950, I, Satz 2 BGB). Unter Verarbeitung im Sinne des § 950 BGB ist in weiter Auslegung jegliche mit menschlicher Arbeit verbundene Einwirkung auf eine Sache zu verstehen. Eine Einschränkung ist lediglich dahingehend zu machen, daß die Einwirkung auf die Sache werterhöhend sein muß¹⁹⁾.

Für den Fall, daß der Wert des Stoffes nach der Einwirkung nicht höher ist als vorher, liegt keine Verarbeitung in diesem Sinne vor. Das wird in § 950, I, 1, 2. Halbsatz BGB vorausgesetzt. Verarbeitung ist also arbeitsverbundene, wert-erhöhende Einwirkung auf den zugrundeliegenden Stoff.

Der Hersteller muß Arbeit aufwenden; entfällt das Merkmal „Arbeitsaufwand“²⁰⁾, entfällt auch § 950 BGB. Keine Herstellung durch Verarbeitung ist also dann gegeben, wenn die Umbildung des Stoffes durch eine Naturkraft bewirkt wird, z. B. das Wachsen veredelter Pflanzen, da hierbei im wesentlichen Naturkräfte wirksam werden²¹⁾. Dieses Beispiel muß aber als Grenzfall betrachtet werden. Dort, wo Naturkräfte vom Menschen bewußt eingesetzt und verwendet werden, um einen bestimmten angestrebten Erfolg zu erzielen, hat man von Verarbeitung in diesem Sinne zu sprechen. So etwa bei dem immer wieder zitierten Beispiel von Joerges²²⁾: das von Menschen veranlaßte Ausbrüten von Küken durch Bruthennen.

Verarbeitung ist also menschliche, zumindest aber vom Menschen gesteuerte Tätigkeit²³⁾. Die Rechtsfolgen treten kraft Gesetzes ein. Damit kann die Verarbeitung kein Rechtsgeschäft sein; denn Rechtsgeschäft ist der eine oder meh-

17) s. zu Anm. 14, vorige Seite und auch Krückmann, LZ 1915, 879, nach dem der Theorie der werterhöhenden Arbeit vom BGB „gutes Recht geopfert“ wird

18) vgl. hierzu Schagen, S. 12

19) S. z. B. Westermann, S. 255

20) Ausdruck bei Westermann, S. 255

21) s. zu diesem in der Literatur durchweg üblichen, aber m. E. nicht sehr guten Beispiel: Staudinger-Berg, § 950, Anm. 1; RGRK, § 950, Anm. 2; Palandt-Hoche, § 950, Anm. 2 a; RG JW 1928, 2448–2449

22) Joerges, Recht 1916, S. 642–643

23) ähnlich Plemper, S. 5, der darauf hinweist, daß dagegen Verbindung und Vermischung auch durch äußeren Zufall verwirklicht werden können; vgl. auch Kohler, IthJb. 18, 134

rere Willenserklärungen enthaltende Sachverhalt, an den eine von der Rechtsordnung gebilligte Rechtswirkung anknüpft, weil dies der auf sie gerichteten Willensäußerung entspricht²⁴⁾.

Die Motive zu dem Entwurf eines BGB (III, 360) haben bereits festgestellt, daß die Spezifikation kein Rechtsgeschäft sei. Die Entscheidung aber, ob sie eine Rechtshandlung oder eine natürliche Handlung sei, sollte nach den Motiven (a. a. O.) der Entscheidung durch Wissenschaft und Praxis vorbehalten bleiben. Die Frage also ist, ob die Verarbeitung als geschäftsähnliche Handlung oder als Realakt anzusehen ist²⁵⁾. Diese Frage wurde eindeutig dahin entschieden, daß die Verarbeitung Realakt sei²⁶⁾.

Die Auffassung der weitaus h. M. ist richtig. Das Willensmoment, wie es auch noch bei der geschäftsähnlichen Handlung – obwohl auch hier die Rechtswirkung ex lege, nicht ex voluntate eintritt – gefordert wird²⁷⁾, spielt bei der Spezifikation keine Rolle. Das Gesetz stellt lediglich auf die tatsächliche Herbeiführung der notwendigen Voraussetzungen ab. Damit treten die Rechtswirkungen des § 950 BGB automatisch ein.

Es wird sich zeigen, daß die Entscheidung, die Verarbeitung sei als Realakt aufzufassen, weitreichende Folgen hat.

cc) Der Begriff der Neuheit

Die zweite Voraussetzung des § 950 BGB ist, daß eine „neue“ Sache entsteht. Zwei Fragen sind in diesem Zusammenhang von Wichtigkeit: Was hat man unter einer neuen Sache zu verstehen, und von welchem Zeitpunkt ab ist eine Sache neu? Das Merkmal der Neuheit einer Sache ist nicht eindeutig feststellbar²⁸⁾. Gesetzlichen Bestimmungen läßt sich nichts über den Begriff der Neuheit entnehmen.

Aus dem Gesetz folgt nur, daß die neue Sache entsteht durch Verarbeitung von Stoffen jeder Art²⁹⁾. Verarbeitung ist also Voraussetzung, nicht aber Wesensmerkmal, denn es sind Fälle denkbar, in denen eine Verarbeitung keine neue Sache hervorbringt³⁰⁾. Reine Reparaturarbeiten können zwar unter den Begriff der Verarbeitung gebracht werden, sie müssen aber für den Bereich des § 950 BGB ausscheiden, da sie keine neue Sache entstehen lassen. Ihr Ergebnis ist die „reparierte“ Sache, nicht aber eine neue³¹⁾. Die Grenze ist da zu ziehen, wo

²⁴⁾ Hierzu: Enn.-Nipperdey, 2. Halbband, S. 604; Lehmann, S. 128

²⁵⁾ Zur Terminologie: Enn.-Nipperdey, S. 576–580; s. auch Mot. I, 127; v. Tuhr II, 1, 112

²⁶⁾ vgl. für alle: Wolff-Raiser, S. 272 mit Nachweisen

²⁷⁾ Enn.-Nipperdey, S. 577

²⁸⁾ Fischer, Das Problem der Identität und Neuheit, 1893, S. 73, hält die „Neuheit“ für eine im allgemeinen „schwankende, nicht fixierbare“ Bezeichnung (zitiert nach Schagen, S. 18, und Emge, AcP 114, S. 49)

²⁹⁾ So auch Emge, AcP 114, 25; Schagen, S. 18–19; RGRK, § 950, Anm. 3

³⁰⁾ vgl. Schagen, S. 19

³¹⁾ RGZ 138, 50

es um die Reparatur eines Gegenstandes geht, der total beschädigt war; also dann, wenn aus noch vorhandenen Einzelteilen eines nur noch „Schrottwert“ besitzenden Gegenstandes wieder eine brauchbare Sache geschaffen wird. Hier kann man das Entstehen einer neuen Sache annehmen³²). Die Abgrenzung ist notwendigerweise flüssig. Die berühmt gewordene Entscheidung des AG Kamenz (NJ 1948, 83), nach der das Wiederauffüttern eines halb verhungerten Pferdes unter § 950 BGB zu bringen ist, stieß mit Recht durchweg auf Ablehnung³³). Das Pferd wird durch das Auffüttern nicht zu einer neuen Sache. Der Fall ist nicht der gleiche, wie die Reparatur etwa eines Autos mit Totalschaden.

Die Motive zu dem Entwurf eines BGB (III, 361) überlassen es dem Richter, den Begriff der neuen Sache im Einzelfall festzustellen, wobei der Richter den Anschauungen des Verkehrs zu folgen habe. So wird denn auch weitgehend die Auffassung vertreten, allein die Verkehrsanschauung entscheide darüber, ob die Sache gegenüber dem Stoff neu sei³⁴). Diese Meinung ist insoweit richtig, als sie davon ausgeht, daß nicht philosophische, sondern wirtschaftliche Erwägungen den Begriff der Neuheit im Sinne des § 950 BGB zu prägen haben. Dennoch ist es unbefriedigend, die Entscheidung darüber, ob eine Sache „neu“ sei, dem Verkehr zu überlassen³⁵). Für die Entscheidung im Einzelfall bedarf es gewisser Anhaltspunkte. Die Wissenschaft hat einige Merkmale herausgearbeitet, die geeignet sind, auf die Neuheit der Sache hinzudeuten.

Häufig läßt sich der Sprachgebrauch zur Bestimmung der Neuheit heranziehen³⁶). Ein Arbeitserzeugnis, das mit einem neuen Namen belegt wird, ist in der Regel auch „neu“ im Rechtssinne. Westermann (S. 256) bringt das Beispiel: Erz – Roheisen – Halbzeug – Fertigfabrikate. Daran zeigen sich bereits die Grenzen. Halbzeug etwa kann nach verschiedenen werterhöhenden Verarbeitungen in mehreren Arbeitsgängen und gar in verschiedenen Unternehmen immer noch „Halbzeug“ sein. Oft gibt die Bezeichnung wichtige Hinweise; ein entscheidendes Kriterium ist sie aber nicht.

Ähnlich ist es mit dem schon bei den Proculianern im römischen Recht herangezogenen Merkmal der Formveränderung³⁷). In manchen Produktionsbereichen erweist sich dieses Kriterium als völlig unbrauchbar. So etwa bei der

32) Hierzu auch Westermann, S. 256; Souchon, JR 1948, 147; vgl. auch OGHZ 3, 348 = DRspr. I (150) Bl. 1001; OLG Hamburg, VRS 1, 320; Staudinger-Berg, § 950, Anm. 3 (zweifelnd); Emge, AcP 114, 78

33) Köster und Gähler, NJ 1948, 155–157 („Zum Kamener Urteil“); Wolff-Raiser, S. 270, Anm. 3; Westermann, S. 256; J. v. Gierke, ZHR 115, 229; Palandt-Hoche, § 950, Anm. 2 b

34) Staudinger-Berg, § 950, Anm. 3; RGRK, § 950, Anm. 4; Westermann, S. 255–256; Wolff-Raiser, S. 270; RGSt. 72, 188 u. v. a.

35) s. auch Emge, AcP 114, 34 ff., 48; Kirchner, S. 16

36) s. OGHZ 3, 351; Wolff-Raiser, S. 270; Staudinger-Berg, § 950, Anm. 3; Fitting, AcP 48, 9; Bechmann, AcP 47, 44; Schagen, S. 19–20; Lent, S. 120; zweifelnd Kirchner, S. 16–17

37) Hierzu auch Schagen, S. 19; Westermann, S. 256; Wolff-Raiser, S. 270 (allg.: „Veränderung“); besser schon Plemper, S. 5: Umgestaltung der äußeren Form oder des inneren Aufbaus

chemischen Umwandlung einer Flüssigkeit in eine andere: die Form bleibt erhalten, dennoch ist eine neue Sache entstanden³⁸⁾. Aber auch sonst zeigt sich die Lückenhaftigkeit dieses Merkmals. Schon Emge (S. 46) brachte das Beispiel, daß ein Klumpen Gold in einen Barren Gold umgeschmolzen wird: die Form hat sich verändert, eine neue Sache entstand aber nicht.

Auch das Wertverhältnis zwischen Stoff und Verarbeitung wird als Indiz herangezogen³⁹⁾. Wenn die Arbeit wertvoller sei als der Stoff, sei die entstandene Sache neu. Trotz seiner Bedenken läßt Schagen (S. 19) das Wertverhältnis immerhin als äußeren Anhaltspunkt gelten. Ich halte das Wertverhältnis für völlig ungeeignet, etwas über die Neuheit der entstandenen Sache auszusagen. Die Begründung hierfür liegt nicht erst in praktischen Erwägungen, sondern folgt aus dem Gesetz selbst. In § 950 BGB ist – als dritte Voraussetzung – bestimmt, daß der Hersteller nicht Eigentümer wird, wenn der Wert der Verarbeitung erheblich geringer ist als der Wert des Stoffes. Das Wertverhältnis steht also als selbständiger Komplex⁴⁰⁾ neben den anderen Voraussetzungen Verarbeitung und Neuheit der Sache. Liegen Verarbeitung und Neuheit vor, so entscheidet das Wertverhältnis zwischen Verarbeitung und Stoff darüber, ob die Rechtsfolgen des § 950 BGB eintreten. Folglich kann die Voraussetzung der Neuheit nicht mit der von ihr unabhängigen Voraussetzung des Wertverhältnisses erklärt werden. Das Wertverhältnis bestimmt mit darüber, ob § 950 BGB anwendbar ist. Es kann aber nichts aussagen über die Neuheit der hergestellten Sache.

Der richtige Ansatzpunkt für die Bestimmung der Neuheit einer Sache liegt im Zweck des § 950 BGB: Schutz der produktiven Arbeit. Von hier aus folgt die Einsicht, daß die Neuheit als wirtschaftlicher Begriff auch mehr an den wirtschaftlichen Tatbeständen orientiert werden muß⁴¹⁾. Auszugehen ist von dem für den betreffenden Stoff im Einzelfall in Frage kommenden Produktionsprozeß. Dieser Prozeß läßt sich in mehr oder weniger zahlreiche in sich abgeschlossene „Verarbeitungsstufen“⁴²⁾ unterteilen. Jede dieser Stufen wird durch einen selbständigen Arbeitsgang dargestellt⁴³⁾. Verläßt die Sache, die be- oder verarbeitet, umgeformt oder umgewandelt werden soll, eine solche „Verarbeitungsstufe“, bildet sie den Ausgangsstoff für eine weitere „Stufe“. Das setzt sich fort bis zur Reife als Fertigfabrikat.

Nach der hier vertretenen Auffassung, die man als „Stufen-Theorie“ bezeichnen könnte, läßt jede der „Verarbeitungsstufen“ eine neue Sache im Sinne des

38) Emge, AcP 114, S. 46

39) z. B. Wolff-Raiser, S. 270; wohl auch Heck, SR, S. 262; kritisch hierzu Brückner, S. 5; Schagen, S. 19 mit Nachweisen

40) so und ähnlich: Schulz, AcP 105, 370–377; Emge, AcP 114, 31; Schagen, S. 19

41) Richtig: Emge, AcP 114, S. 59 ff.; Schagen, S. 20–21; s. auch schon Hoffmann, Die Eigenheit der Sachen, Grünhuts Zeitschr., Band 23, 439

42) zum Ausdruck: Schagen, S. 22

43) Darunter ist nicht etwa ein einzelner Handgriff zu verstehen, sondern ein innerhalb des gesamten Arbeitsablaufes organisch zusammengehörender Arbeitsvorgang

§ 950 BGB entstehen⁴⁴⁾. Zerstörung und Ausbesserung fallen nicht hierunter; sie stehen im Gegensatz zur „Herstellung“⁴⁵⁾. Die Neuheit von Halbfabrikaten und Zwischenprodukten bietet nach der „Stufentheorie“ keine Probleme.

Nach ihr ist auch die zweite Frage einfach und sinnvoll zu lösen: wann beginnt eine Sache, „neu“ zu sein? Die Frage wird dann bedeutsam⁴⁶⁾, wenn der Fabrikant in Konkurs gerät, oder wenn es gilt, die Eigentumsverhältnisse an dem sich aus EV-Waren zusammensetzenden Maschinenbelag festzustellen. Auch bei Weiterübereignung der unter einfachem EV gekauften Ware ist diese Frage wichtig. Allgemein entscheidet sie, wann das Eigentum des Lieferanten, das ihm eventuell zur Kaufpreissicherung dient, untergeht – und gegebenenfalls die Sicherung zu verlängern ist.

Die Vorschrift des § 950 BGB betrachtet den Herstellungsvorgang so, daß aus einem oder mehreren Stoffen irgendwelcher Art eine neue bewegliche Sache entsteht. Zwei Begriffe werden also in diesem Zusammenhang verwandt: Stoff und neue Sache. Der Stoff wird zu einer neuen Sache, und er kann als solche wieder Stoff für eine weitere neue Sache sein. Das wiederholt sich in jeder „Verarbeitungsstufe“. Sicher ist, daß das am Ende des gesamten Produktionsprozesses entstehende Fertigprodukt eine neue Sache darstellt. Auch jede Stufe selbst schafft eine neue Sache. Fraglich aber ist, ob die sich gerade innerhalb einer „Verarbeitungsstufe“ befindenden Waren (Beispiel: Maschinenbelag) noch „Stoffe“ sind, oder bereits „neue Sachen“. Ich möchte annehmen, daß die Stoffeigenschaft in diesem Sinne⁴⁷⁾ jeweils erst mit dem Abschluß einer „Arbeitsstufe“ aufhört⁴⁸⁾. Sobald innerhalb einer „Stufe“ irgendwelche Arbeit auf den Stoff verwandt wurde – z. B. Einspannen eines Werkstückes in eine Maschine zu einem weiteren Arbeitsgang – beginnt zwar der einzelne Verarbeitungsprozeß. Eine „neue Sache“ ist damit im Entstehen. Entstanden ist sie aber erst, wenn sie die betreffende Verarbeitungsstufe bis zum Ende durchlaufen hat. Somit gilt ganz allgemein für den gesamten Produktionsprozeß: am Ende einer jeden „Verarbeitungsstufe“ steht eine neue Sache.

Die Vorteile der „Stufentheorie“ bei Feststellung der Neuheit einer Sache sind offensichtlich. Die Verkehrsanschauung und Hilfsargumente – Bezeichnung und

44) Eine ähnliche Auffassung liegt der Meinung zu Grunde, die von „Sachen höherer Art“ spricht, also verlangt, daß eine Sache – soll sie neu sein – im Sinne einer „Güterordnung“ eine höhere wirtschaftliche Ausnutzung gestattet; Emge, AcP 114, 65–66; Kühlwein, LZ 1932, 875; Schagen, S. 21 mit Nachweisen; RGRK, § 950, Anm. 4. Wie Staudinger-Berg, § 950, Anm. 3, richtig bemerken, ist diese Meinung volkswirtschaftlich orientiert. Die „Stufentheorie“ dagegen richtet sich nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten

45) So auch Wolff-Raiser, S. 270; Schagen, S. 21

46) worauf Schagen, S. 21, zutreffend hinweist

47) natürlich nicht im naturwissenschaftlichen Sinne; darauf weist bereits Fitting, AcP 48, 3–4 hin

48) So auch in ähnlichem Zusammenhang Schagen, S. 22

Form der Ware – brauchen nicht mehr bemüht zu werden. Sonst nur schwer zu lösende Fragen – z. B. das Problem der Halbfabrikate – erscheinen nun einfach. Mit Hilfe der modernen und gut ausgebauten Lehre vom Arbeitsstudium⁴⁹⁾ (das Studium und die Planung der Arbeitszeit setzen eine Arbeitszerlegung bei der sog. Arbeitsablaufstudie voraus) lassen sich die „Verarbeitungsstufen“ im Einzelfall genau feststellen. Damit ist eine sichere Handhabe zur Bestimmung des Begriffes der Neuheit einer Sache gegeben. Selbst wenn der Richter in manchen schwieriger liegenden Fällen einen Sachverständigen zuziehen müßte⁵⁰⁾, so bildet die „Stufentheorie“ doch eine erhebliche Erleichterung und hilft mit bei der Schaffung klarer Verhältnisse.

dd) Die Rechtswirkungen des § 950 BGB

Die wichtigste Rechtswirkung des § 950 BGB ist die, daß Eigentum erworben wird. Wer durch Verarbeitung eine neue Sache herstellt, wird Eigentümer dieser Sache. Das alte Eigentum geht unwiderruflich unter; der Hersteller erwirbt neues, originäres Eigentum. Dieser Grundsatz geht nach völlig h. L. so weit, daß selbst bei Verarbeitung von im Eigentum des Herstellers stehenden Stoffen neues Eigentum an der neuen Sache auf Seiten des Herstellers entsteht. Das läßt sich m. E. bereits dem Gesetz, § 950, II BGB, entnehmen. Hiernach erlöschen mit dem Eigentumserwerb die an dem Stoffe bestehenden Rechte. Die Ansicht, damit seien nur die Rechte Dritter gemeint, steht nicht in Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut. Hätte der Gesetzgeber nur Rechte Dritter erlöschen lassen wollen, hätte er das zum Ausdruck gebracht, wie sich aus einem Vergleich der §§ 950, II, 949 Satz 1 BGB mit § 936 BGB erhärtet. Daher bedarf es nicht des Schlusses a maiore ad minus, wie ihn Staudinger-Berg ziehen⁵¹⁾, um das Erlöschen des Eigentums an Sachen des Herstellers zu begründen.

Bedenken, die daraus hergeleitet werden, daß bei der Verarbeitung eigener Stoffe kein Widerstreit zwischen Stofflieferant und Verarbeitendem entstehe⁵²⁾, sind unbegründet. Wie Schagen (S. 14 und 15) ausführt, ist hierbei immer scharf zwischen den Begriffen der Neuheit und der produktiven Arbeit zu trennen. Die alte Sache existiert nicht mehr; alle Rechte an ihr sind erloschen. Die neue Sache macht es erforderlich, daß eine Eigentumsregelung an ihr getroffen wird. Bei der Frage, wie diese Regelung aussehen soll, hat sich das BGB bekanntlich für die produktive Arbeit des Herstellers entschieden.

⁴⁹⁾ Einführend: Böhrs, Bramesfeld, Euler, Pentzlin, Einführung in das Arbeits- und Zeitstudium, 2. Aufl., München 1954 mit weiterer Literatur; und Euler, Hans, Die betriebswirtschaftlichen Grundlagen und die Grundbegriffe des Arbeits- und Zeitstudiums, 2. Aufl., München 1949

⁵⁰⁾ was er erst recht bei Zugrundelegung der Verkehrsanschauung tun muß; in ähnlichem Zusammenhang: Emge, AcP 114, 87

⁵¹⁾ § 950, Anm. 5; vgl. aber auch Mot. III, 362

⁵²⁾ RGRK, § 950, Anm. 9

Gleichgültig ist es, ob die neue Sache wieder in den Zustand, in dem sie sich vor der Verarbeitung befunden hat, zurückgeführt werden kann oder gar zurückgeführt wird⁵³⁾. Der Eigentumserwerb ist endgültig; Rechtsverluste sind über § 951 BGB auszugleichen.

Die Rechtswirkung des Eigentumserwerbs seitens des Herstellers mit Erlöschen sämtlicher bestehender Rechte tritt aber dann nicht ein, wenn der Wert der Verarbeitung geringer ist als der Wert des Stoffes. Die Wertermittlung⁵⁴⁾ bereitet Schwierigkeiten. Sie läßt sich nur auf subtraktivem Wege herbeiführen. Von dem Wert der neuen Sache wird der Wert aller der Verarbeitung zugrundeliegenden Stoffe abgezogen⁵⁵⁾. Dabei muß es gleichgültig sein, ob die Sache schon einmal verarbeitet worden ist oder nicht. Entscheidend ist immer nur der Wert der Sache bei Beginn der Verarbeitung – genauer: am Anfang einer jeden „Verarbeitungsstufe“ –, also der Wert des Ausgangsstoffes, nicht aber der Wert des Rohstoffes⁵⁶⁾. Ergibt die Subtraktion, daß der Wert der Verarbeitung erheblich geringer ist als der Wert des Ausgangsstoffes, bleibt das Eigentum auch an der neuen Sache beim Stoffeigentümer⁵⁷⁾. Die Vorschrift des § 950 BGB, die den §§ 947 ff. BGB vorgeht⁵⁸⁾, kommt dann nicht zur Anwendung.

Aus der Fassung des § 950 BGB („sofern nicht“) ist zu ersehen, daß die Beweislast für den erheblichen Minderwert der Verarbeitung bei dem Stoffeigentümer liegt. Andere Rechtswirkungen des § 950 BGB, wie sie sich etwa in Verbindung mit §§ 352, 467, 2172 BGB ergeben, interessieren hier nicht.

3. Die Ansicht, § 950 BGB sei dispositiv

Der soeben geschilderten Rechtswirkung des § 950 BGB – Eigentumserwerb des Herstellers⁵⁹⁾ – soll durch den vEV in Form der Verarbeitungsklausel Rechnung getragen werden. Auch nach der Verarbeitung soll die – nun neue – Sache dem VBV zu seiner Sicherung dienen. Eine im Abklingen begriffene Meinung

53) Staudinger-Berg, § 950, Anm. 7; Lent, SR, S. 121. Die gleiche Frage war nach der *media sententia Justiniani* für die Frage der Neuheit ausschlaggebend. Das erklärt sich daraus, daß wir heute bei der Spezifikation als feststehend voraussetzen, daß eine neue Sache entstanden ist. Dagegen ging bei den Römern der Streit in erster Linie darum, wann eine neue Sache entstanden sei; vgl. auch Schagen, S. 13–14

54) Auf die Problematik des Wertbegriffes sei an dieser Stelle nur hingewiesen

55) RGZ 144, 240 = RG JW 1934, 2542; BGHZ 18, 228; h. M.; a. A. Schulz, AcP 105, 370 ff. (Reproduktionswert)

56) so auch Westermann, S. 256; Wolff-Raiser, S. 271, Anm. 7; Erman-Hefermehl, § 950, Anm. 4; Palandt-Hoche, § 950, Anm. 3 c; Kirchner, S. 20 mit Angaben; teilweise a. A. Staudinger-Berg, § 950, Anm. 9

57) Die Ansicht, der Stoffeigentümer erwerbe dabei neues Eigentum, ist abzulehnen, da das Gesetz dafür keinen Anhaltspunkt gibt. Folgerichtig müßten bei dieser Ansicht auch die Rechte an der alten Sache untergehen; a. A. Schagen, S. 17–18 mit Angaben

58) Hierzu: OGH NJW 1950, 64; LG Braunschweig MDR 1950, 739–740; näheres später

59) Der Fall, daß wegen erheblichen Minderwertes der Arbeit kein Eigentumserwerb des Herstellers eintritt, kann im folgenden außer Betracht gelassen werden, da er für die Frage der Sicherung des VBV ohne Belang ist

schlägt eine auf den ersten Blick sehr einleuchtende, da einfache Lösung vor: § 950 BGB sei dispositiv, die beiden Parteien können seine Regelung in ihrem Verhältnis zueinander abdingen. Dieser Auffassung ist zunächst nachzugehen.

a) Gründe dafür und deren Würdigung

aa) Aus anderen im BGB geregelten Erwerbsarten, etwa §§ 953–957, 976, 1942, kommt v. Bonin⁶⁰⁾ zu dem Schluß, das Gesetz verlange beim Eigentumserwerb grundsätzlich Erwerbsbewußtsein oder es stelle den Eigentumserwerb lediglich anheim. Daher sei § 950 BGB etwa so zu verstehen: „Wer herstellt, kann das Eigentum erwerben, und erwirbt es, wenn er nichts anderes will.“ Abgesehen davon, daß das BGB auch den Eigentumserwerb ohne Beachtung des Willens kennt – etwa beim Fiskus als gesetzlichem Erben, § 1942, II BGB –, ist die Folgerung v. Bonins abzulehnen. Sie widerspricht dem Gesetzeswortlaut⁶¹⁾. Der § 950 BGB stellt nicht auf den Willen ab. Das Gesetz knüpft die Rechtsfolge des Eigentumserwerbs lediglich an die Tatsache an, daß durch Verarbeitung eine neue Sache hergestellt wird. Wer herstellt, erwirbt Eigentum, ohne Rücksicht auf seinen Willen. Damit ist auch die weitergehende Ansicht widerlegt, der Hersteller erwerbe zwar ohne, aber nicht gegen seinen Willen⁶²⁾. Ein entgegengesetzter Wille kann an dem äußeren Vorgang des Entstehens einer neuen Sache nichts ändern. Das allein aber ist nach dem Gesetz für den Eigentumserwerb des Herstellers ausschlaggebend.

Der Hinweis v. Bonins (S. 121/122) auf die Fundvorschriften ist nicht zwingend⁶³⁾. Er meint: wie der Finder nach § 976, I BGB auf sein Recht zum Eigentumserwerb, § 973 BGB, verzichten könne, könne das auch der Hersteller, und zwar schon vor der Verarbeitung. Das Kammergericht billigt dem Hersteller ebenfalls ein Recht zum Verzicht auf den Eigentumserwerb zu⁶⁴⁾.

Man kann nur dann auf ein Recht verzichten, wenn bereits ein Vollrecht oder zumindest eine gegenwärtige, geschützte Rechtsposition, etwa ein Anwartschaftsrecht, vorliegt. Das reine Nichterwerben eines Rechts ist noch kein Verzicht⁶⁵⁾. Vor der Verarbeitung hat der Hersteller weder Eigentum noch Anwartschaft auf das Eigentum an der neuen Sache. Insoweit stimmt die Rechtslage beim Fund überein. Der Finder erhält aber mit dem Fund nicht das Eigentum, sondern nur ein Recht auf den Eigentumserwerb, § 973 BGB. Der Hersteller erwirbt nicht etwa „nur ein ipso facto wirkendes Recht zum Eigentumserwerbe“,

⁶⁰⁾ AfBR 38, 121

⁶¹⁾ so auch Plank-Strecker, § 950, Anm. 1 c; Schagen, S. 43; Schirdewahn, S. 192; Spiegel, S. 32; Fischer S. 79

⁶²⁾ so z. B. OLG (Hamburg) 34, 184 = SA 71, Nr. 255; Cosack-Mitteis, S. 175; vgl. auch v. Bonin, AfBR 38, S. 121; richtig dagegen: Rühl, S. 139; Schagen, S. 41–42; Plemper, S. 10; Brückner, S. 31–32

⁶³⁾ vgl. auch Schagen, S. 43–44; Plemper, S. 12; Brückner, S. 32–33; Fischer, S. 79–80

⁶⁴⁾ KG JW 1930, 2798; ebenso Hirsch, S. 48, mit Angaben; kritisch: Brückner, S. 33

⁶⁵⁾ Enn.-Nipperdey, 2. Halbband, S. 594; Schagen, S. 44

wie es v. Bonin (S. 122) annehmen will, sondern er wird sofort Eigentümer. Dadurch unterscheidet sich die Regelung bei der Verarbeitung grundsätzlich von der Regelung beim Fund. Der Hersteller kann verzichten, § 959 BGB, aber erst nach der Herstellung, also nachdem er bereits Eigentümer geworden ist. Der Gedanke des Verzichts führt demnach nicht zur Abdingbarkeit des § 950 BGB, sondern spricht im Gegenteil für den zwingenden Charakter der Vorschrift, da er den Eigentumserwerb des Herstellers zur Voraussetzung hat.

bb) Die vertragliche Abdingbarkeit des § 950 BGB wird bisweilen auch aus einem völlig anderen Gesichtspunkt gefolgert⁶⁶⁾. Wenn die Verarbeitung in Erfüllung eines Vertrages – mit Verarbeitungsklausel – erfolge, müsse sie sich auch nach dem Vertragsinhalt richten; sie nehme so selbst den Charakter eines Rechtsgeschäftes an.

Dieser Schluß ist irrig. Die Ansicht verkennt das Wesen des Unterschieds zwischen Rechtsgeschäft und Realakt. Die Unterscheidung wird bekanntlich dahin vorgenommen, ob die Rechtsfolgen mit Rücksicht auf den Willen des Handelnden eintreten oder nicht⁶⁷⁾. Die Verarbeitung ist Realakt. Das kann durch Parteivereinbarung nicht geändert werden. Auch wenn die Verarbeitung in Erfüllung eines Vertrages vorgenommen wird, bleibt sie Realakt⁶⁸⁾.

Zur Widerlegung dieser Auffassung bedarf es somit nicht des Eingehens auf die umstrittene Frage nach der Rechtsnatur der Vertragserfüllung⁶⁹⁾. Zudem wären die Folgen dieser Ansicht „unnatürlich“, worauf Schagen (S. 42–43) treffend hinweist. Würde nämlich die Verarbeitung dadurch, daß sie Vertragserfüllung ist, aus einem Realakt zu einem Rechtsgeschäft, müßte auch Stellvertretung nach §§ 164 ff. BGB möglich sein. Der Grundgedanke der Stellvertretung ist der, daß rechtsgeschäftliche Erklärungen des Vertreters unmittelbar dem Vertretenen zuzurechnen sind, § 164, I, 1 BGB. Die Verarbeitung als Vertragserfüllung durch den Hersteller als den Vertreter des Lieferanten würde also dazu führen, daß sie als vom Lieferanten selbst bewirkt gilt. Der Lieferant würde sich seinen Anspruch selbst erfüllen. Das kann nicht rechtens sein.

cc) Auch die Regelung des Werkvertrages, §§ 631 ff. BGB wird zur Begründung der dispositiven Natur des § 950 BGB herangezogen. Aus den Vorschriften über den Werkvertrag sei zu ersehen, daß § 950 BGB hier nicht gelte. Dieser Ausschluß der gesetzlichen Verarbeitungsfolgen müsse ganz allgemein möglich sein⁷⁰⁾. Bevor zu diesem Schluß Stellung genommen werden kann, ist seine

⁶⁶⁾ S. Strauß, Stoff und Arbeit, Beitrag zur Lehre von der Spezifikation, 1899, S. 58, zitiert bei Schagen, S. 42; RGSt. 37, 330; wohl auch Staudinger-Berg, § 950, Anm. 14

⁶⁷⁾ vgl. Lehmann, Allgemeiner Teil, S. 316–318

⁶⁸⁾ Übereinstimmend Herz, IJb. 74, 41; Brodmann, IJb. 79, 134; Schagen, S. 42; vgl. auch Oertmann, § 362, Anm. 5

⁶⁹⁾ S. hierzu Palandt-Danckelmann, § 362, Anm. 1; RGRK, § 362, Anm. 2 a; Larenz, I, S. 259–262 mit weiteren Nachweisen

⁷⁰⁾ Crome, § 264, Anm. 20, S. 677–678

Voraussetzung zu prüfen, nämlich ob § 950 BGB im Werkvertrag ausgeschlossen ist. Auch der Unternehmer beim Werkvertrag stellt durch Verarbeitung der durch den Besteller gelieferten Stoffe neue Sachen her. Dennoch erwirbt er grundsätzlich kein Eigentum an ihnen; § 950 BGB gilt also nicht. Die dafür gegebenen Begründungen sind aber meist nicht stichhaltig.

Bisweilen⁷¹ wird auf § 644, I, 3 BGB hingewiesen, wonach der Besteller die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung der von ihm gelieferten Stoffe trägt. Aus der Gefahrtragung schließt man, der Besteller müsse auch nach Verarbeitung noch Eigentümer sein. Dieser Schluß ist unzutreffend. Aber auch die Entgegnung Schagens (S. 44) ist nicht zwingend. Schagen will umgekehrt argumentieren: Nach der Verarbeitung und ihren Rechtsfolgen des § 950 BGB müsse eigentlich der Unternehmer als Eigentümer die Gefahr tragen; dies sei durch § 644, I, 3 BGB ausgeschlossen. Beide Äußerungen beachten nicht, daß die Gefahrtragung keinerlei Aufschluß geben kann über die Frage des Eigentums. So knüpft auch § 446, I, 1 BGB den Gefahrenübergang nicht an den Eigentumsübergang, sondern an die Übergabe. Die Gefahrtragung ist für Aussagen über Eigentumsverhältnisse unergiebig.

Meist wird aus § 647 BGB geschlossen, daß § 950 BGB beim Werkvertrag nicht gelte. Andernfalls stehe dem Unternehmer ein Pfandrecht an der eigenen Sache zu, was das Gesetz nicht gewollt haben könne. Das Gesetz gibt dem Unternehmer ausdrücklich ein Pfandrecht an den Sachen des Bestellers, die im Eigentum des Bestellers stehen. Diese Pfandrechts-Vorschrift setzt also das Eigentum des Bestellers voraus, sagt aber nichts darüber, ob die hergestellte Sache dem Besteller gehört. Darüber haben die sachenrechtlichen Vorschriften zu befinden⁷²).

Die Frage, ob § 950 BGB beim Werkvertrag gilt oder nicht, ist aus einzelnen Vorschriften des Werkvertragsrechts nicht zu beantworten. Die §§ 631 ff. BGB regeln systematisch richtig nur die schulrechtliche Fragen⁷³). Damit ist aber zugleich der rechte Weg gewiesen. Der Unternehmer hat das Werk für den Besteller herzustellen. Es besteht keinerlei Veranlassung, ihm damit auch das Eigentum zu geben. Wenn auch der äußere Tatbestand mit dem des § 950 BGB scheinbar übereinstimmt, ist insofern doch ein wesentlicher Unterschied, als die Herstellung durch den Besteller veranlaßt und für ihn vorgenommen wird. Insofern ist die Formulierung, der § 950 BGB sei beim Werkvertrag ausgeschlossen, nicht ganz korrekt, wenn auch unschädlich.

Ein Hinweis auf den vom Werkvertrag verschiedenen Werklieferungsvertrag, § 651 BGB, bei dem der Unternehmer dem Besteller das Eigentum zu übertragen hat, bestätigt die auf allgemeinen Erwägungen beruhende Ansicht, daß

⁷¹) Z. B. schon Crome a. a. O. (wie die vorhergehende Anm.)

⁷²) So richtig Schagen, S. 45, 111; Rühl, S. 135–136; Wolff-Raiser, S. 273, Anm. 16; s. auch Flume, NJW 1950, 843, Anm. 18; Fischer, S. 87

⁷³) So auch Schagen, S. 113

§ 950 BGB im Rahmen des Werkvertrages nicht anwendbar sei⁷⁴⁾). Daraus, daß § 950 BGB im Werkvertragsrecht nicht gilt, kann aber nicht der Schluß gezogen werden, § 950 BGB sei dem Parteiwillen unterworfen. Dafür gibt die Regelung durch das Gesetz keinen Anhaltspunkt.

dd) Stulz (S. 23) geht bei der Begründung der Abänderbarkeit des § 950 BGB von einer anderen Überlegung aus: Die Frage des Eigentumserwerbs bei der Verarbeitung gehe ausschließlich den Stoffeigentümer und den Verarbeiter an. Sie müßten daher das Recht haben, durch Vertrag derjenigen Partei das Eigentum zukommen zu lassen, der sie es zukommen lassen wollen. Demgegenüber ist zu betonen, daß etwa auch die beiderseitigen Gläubiger am Eigentumserwerb des Lieferanten oder Fabrikanten interessiert sind⁷⁵⁾). Demnach ist auch aus diesem Gesichtspunkte der dispositive Charakter des § 950 BGB nicht zu begründen.

ee) Durch § 950 BGB wird der Interessenstreit zwischen dem Lieferanten und dem Hersteller gelöst. Der Streit kann, wie sich aus der historischen Entwicklung ersehen läßt, zu verschiedenen „richtigen“ Ergebnissen führen. Diese gegensätzliche Interessenlage nimmt Flume⁷⁶⁾ zum Ausgangspunkt zur Begründung des dispositiven Charakters des § 950 BGB, der – wie er sagt – von der h. M. vertreten wird. Der Gesetzgeber habe in § 950 BGB eine rechtstechnische Vorschrift erlassen, welcher die Aufgabe zufalle, als Konfliktlösung zu gelten. Der Konflikt zwischen Stoffeigentümer und Verarbeiter ergebe sich jedoch gar nicht, wenn er im voraus durch Vereinbarung zwischen Stoffeigentümer und Verarbeiter ausgeräumt sei.

Diese Lösung des Problems der Abdingbarkeit des § 950 BGB erscheint sehr elegant. Dennoch kann ihr nicht zugestimmt werden. Richtig ist, daß es der Vorschrift nicht um „das“ Eigentum geht, sondern darum, wer Eigentümer der verarbeiteten Sache werde. Richtig ist auch, daß damit ein Interessenkonflikt entschieden wird. Dieser Konflikt besteht aber ganz allgemein, nämlich zwischen allen Stoffeigentümern und allen Verarbeitern. Die einzelne konkrete Verarbeitung ist nur der äußere Anlaß dafür, daß die gesetzliche Lösung des Konfliktes praktisch wird. Diesem Zusammenhang trägt Flume m. E. genügend Rechnung. Er stellt auf den im einzelnen Fall auftretenden Konflikt ab und verläßt damit seinen richtigen Ausgangspunkt, indem er den Interessenstreit „konkretisiert“. Die Entscheidung des Konflikts zwischen Stoffeigentümer und Verarbeiter kann nur durch das Gesetz für alle Fälle, in denen der Konflikt entsteht, entschieden werden. Parteivereinbarungen können diesen

74) Im Ergebnis ebenso: OLG (Hamburg) 34, 184; RGSt. 37, 330 mit Angaben; Herz, IhJb. 74, 39–40; v. Bonin, AfBR 38, 117; Biermann, § 950, Anm. 2; a. A. Brodmann, IhJb. 58, 227–228; 79, 132; Grünebaum, DJZ 1920, 585; Lehmann, Gläubigerschutz, S. 55; Schagen, S. 112–114; Fischer, S. 86–87

75) so auch Heck, SR, S. 261; Schagen, S. 46; Fischer, S. 78

76) NJW 1950, 843–844; bejaht z. B. durch Hochgürtel, S. 119–120

Konflikt nicht aus der Welt schaffen, auch nicht im Einzelfall. Somit ist die Auffassung von Flume nicht geeignet als Begründung, die Vorschrift des § 950 BGB sei dispositives Recht.

b) Gründe dagegen

Die Würdigung der hauptsächlichen Gründe, die für die nachgiebige Natur des § 950 BGB geltend gemacht werden, hat ergeben, daß kein Grund beweiskräftig war. Bereits dieses Ergebnis spricht für den zwingenden Charakter der Vorschrift.

Weiterhin ist die Frage zu behandeln, wie sich die Rechtsfolgen nach vertraglichem Ausschluß des gesetzlichen Eigentumserwerbs des Herstellers gestalten sollen⁷⁷⁾. Die einfachste Lösung wäre die, daß das alte Eigentum bestehen bleibt. Sie wird wohl angestrebt durch Klauseln etwa des Inhalts:

„Die Ware bleibt in unverarbeitetem oder verarbeitetem Zustand bis zur völligen Zahlung des Kaufpreises unser Eigentum.“

Dieser Weg ist nicht gangbar. Er läuft hinaus auf eine unzulässige Vereinbarung über den Parteiabreden unzugänglichen Begriff der Sachneuheit. Wird nun anerkannt, daß eine neue Sache und neues Eigentum entsteht, könnte dieses neue Eigentum dem Lieferanten über den Gedanken der Surrogation zufallen. Die Klausel hierzu wäre etwa:

„Unser Eigentumsvorbehalt erstreckt sich auch auf die durch Verarbeitung entstandene neue Sache.“

Auch das ist abzulehnen, da es im Gesetz kein allgemeines Surrogationsprinzip gibt. Meist wird daher die Meinung vertreten, die Eigentumsregelung nach Ausschluß des § 950 BGB solle durch die Parteien selbst getroffen werden⁷⁸⁾. Eine solche Regelung ist aber nicht möglich. Wird das Eigentum durch antizipiertes Besitzkonstitut oder durch die Vereinbarung, der Verarbeiter stelle für den Lieferanten her, auf den Lieferanten übertragen, liegt darin ungewollt die Anerkennung des zwingenden Charakters des § 950 BGB. Für diese Lösungen braucht man vorher den § 950 BGB nicht auszuschließen. Andere Vereinbarungen würden neue Übertragungsarten kraft vertraglicher Rechtsetzung darstellen, die – wie Schagen (S. 51) hervorhebt – keine Anerkennung finden können. Die Parteien können die Regelung nach Ausschluß des § 950 BGB auch nicht dem Gesetz anheimstellen. Es ist keine gesetzliche Vorschrift vorhanden, die in diesem Falle eine eindeutige und klare Lösung herbeiführen würde. Insbesondere tritt nicht kraft Gesetzes die normalerweise erstrebte Lösung ein, daß der Lieferant Eigentümer wird. Es bedürfte auch hier wieder parteilicher Vereinbarungen, wobei sich die gleichen Be-

⁷⁷⁾ Zum Folgenden ausführlich Schagen, S. 47–53; ihm folgend Fischer, S. 82–84

⁷⁸⁾ S. etwa RGRK, § 950, Anm. 10; v. Bonin, AfBR 38, 122; Schalfjew, IHK, S. 113–114

denken wie vorher ergeben. Somit deutet auch die Unmöglichkeit der Regelung der Rechtsfolgen darauf hin, daß die Vorschrift des § 950 BGB nicht dispositives Recht ist.

Voraussetzung aller dispositiven Vorschriften ist es, daß der Parteiwille bei der getroffenen oder zu treffenden Regelung beachtlich ist. Er ist dies grundsätzlich im Schuldrecht. Grundlage im Schuldrecht ist das vertragliche Band zwischen den Parteien. Sie können ihre Rechtsbeziehungen so regeln, wie sie es für angemessen erachten. Aufgabe des Gesetzes ist es hierbei nur, Auswüchse, Parteiwillkür und schädigendes Verhalten zu verhindern oder vermögensmäßig auszugleichen. Im übrigen tritt das Gesetz im Bereich des Schuldrechts nur subsidiär in die Parteibindung ein. Anders muß es im Sachenrecht sein, soweit es sich um typisch sachenrechtliche Bestimmungen handelt. Hier geht es um Werte, die lösgelöst sind vom einzelnen und von der Parteibeziehung. Die sachenrechtlichen Institute sind „abstrakt“. Sie sind auf Grund ihrer Wirkung auch gegenüber Dritten⁷⁹⁾ für das menschliche Zusammenleben von grundsätzlicher Bedeutung. Schagen (S. 53) betont, daß sie als „unumstößliche Bestandteile unserer Gesellschaftsordnung zu gelten haben.“ Daraus erklärt sich auch, daß das Eigentum als das wichtigste Sachenrecht sogar im Grundgesetz (Art. 14) gewährleistet ist. Dabei handelt es sich jedoch um „das Eigentum an sich“, um die Institution als solche. Die Ausgestaltung der Sachenrechte, „Inhalt und Schranken“, wie es in Art. 14, 1, 2 GG für das Eigentum heißt, wird durch das Gesetz vorgenommen. Damit bietet sich das Gesetz zugleich dem einzelnen für seine persönlichen Zwecke an. Er kann von ihm Gebrauch machen; nur ändern kann er es nicht. Das ist die Grundlage dessen, was gemeinhin als *numerus clausus* im Sachenrecht bezeichnet wird. Die Institute als solche, ihre inhaltliche Ausgestaltung und ihre Begründungsmöglichkeiten sind im Gesetz abschließend geregelt (Mot. III, 3).

Im Lichte dieser klaren Entscheidung des Gesetzgebers ist die Frage nach der Abdingbarkeit des § 950 BGB zu beleuchten. Es kam bereits zum Ausdruck, daß die Verarbeitung Realakt ist und daß ihre Rechtsfolgen völlig unabhängig vom Parteiwillen eintreten. Das spricht für *ius cogens*. Die Tatsache, daß der § 950 BGB im Sachenrecht steht, ist, für sich allein genommen, noch kein Beweis. Hinzukommen muß, daß er eine typisch sachenrechtliche Regelung trifft⁸⁰⁾. Auch § 951 BGB befindet sich im Sachenrecht. Sein Inhalt aber ist schuldrechtlicher Art. Er gleicht Rechtsverluste aus. Systematisch steht § 951 daher falsch; gesetzestechnisch war es aber die einzig mögliche, richtige Stelle im Gesetz.

Die Vorschrift des § 950 BGB ist im dritten Titel des dritten Abschnitts im Sachenrecht als einer der Erwerbsgründe des Eigentums an beweglichen

⁷⁹⁾ vgl. etwa Westermann, SR, S. 15, 19; Staudinger-Seufert, Einleitung zum SR, Nr. 2 und 11

⁸⁰⁾ hierzu im einzelnen: Westermann, SR, S. 6–21 („Zuordnungsfunktion“); s. aber auch Wolff-Raiser, S. 4 mit Anm. 7

Sachen aufgeführt. Wer durch Verarbeitung eine neue Sache herstellt, erwirbt originäres unbelastetes Eigentum an der neuen Sache; ihm wird die neue Sache zugeordnet. Wir haben es also mit einer typisch sachenrechtlichen Regelung zu tun. Das hat zur Folge, daß § 950 BGB in seiner derzeitigen Form nach seinem Sinn und Zweck und nach seiner Stellung im System als zwingende Vorschrift zu gelten hat.

c) Ergebnis: § 950 BGB ist zwingend

Die Frage nach der dispositiven oder zwingenden Natur des § 950 BGB ist hiernach dahin zu beantworten, daß die vom Gesetzgeber getroffene Regelung dem Parteiwillen entzogen und zwingendes Recht ist. Diese Entscheidung ist eindeutig; aber sie ist nicht unbestritten⁸¹⁾. Der Streit um die Rechtsnatur des § 950 BGB ist im Rahmen der Konstruktion der Verarbeitungsklausel von größter Bedeutung. Es wäre daher zu begrüßen, wenn man allgemein die geltende gesetzliche Regelung mehr beachten würde, auch wenn eine andere Regelung vielleicht aus irgendwelchen Gründen zweckmäßiger wäre, insbesondere zu konstruktiv einfacheren Lösungen führen würde.

4. Weitere Lösungsversuche

Da der Weg über die Abdingbarkeit von § 950 BGB nicht zum Ziele führt, sind andere Lösungsmöglichkeiten zu suchen. Man hat – außer der Abdingung des § 950 BGB – verschiedene Konstruktionen für die Verarbeitungsklausel vorgeschlagen. Diese Vorschläge mußten insbesondere von den Vertretern kommen, welche die zwingende Natur des § 950 BGB bejahen. Aber auch die anderen schlagen häufig noch weitere Lösungen vor. Sie tragen damit entweder dem soeben geschilderten Meinungsstreit Rechnung, oder aber sie ver-

⁸¹⁾ Die dispositive Natur des § 950 BGB wird vertreten u. a. von: Flume, NJW 1950, 843–844; J. v. Gierke, ZHR 115, 229; RGRK, § 950, Anm. 10; Achilles-Greifff, § 455, Anm. 1; v. Bonin, AfBR 38, 121; Stulz, S. 23; Koch, BA XX, 92–93; v. Wehner, S. 71–72; Hochgürtel, S. 120; Laufke, S. 72–76; Hirsch, S. 48–49; Staehelin, S. 104–105; Kurtenbach, S. 81; wohl auch Schwartz, IHK, S. 31–32 und Schalfew, IHK, S. 113–114; Trost-Schütz, S. 417; widerspruchsvoll Ludewig, DB 1951, 932; OLG (KG) 26, 60; OLG (Hamburg) 34, 184; KG JW 1930, 2798; KG JW 1932, 2634, mit zust. Anm. von Stulz; RGZ 138, 88; 161, 113; RG JW 1939, 563

Für zwingend erklären den § 950 BGB zu Recht u. a.: Staudinger-Berg, § 950, Anm. 15; Planck-Strecker, § 950, Anm. 1 c; RGRK, § 455, Anm. VII, 7; Erman-Hefermehl, § 950, Anm. 3 b; Palandt-Hoche, § 950, Anm. 3 a; Schlegelberger-Hefermehl, Anhang zu § 368, Anm. 22; Rühl, S. 137; Westermann, S. 259–260; Eichler II, 1, S. 74; Geiler, LZ 1921, 546; Geiler, Verhandl. des 32. DJT, S. 200; Melchior, daselbst, S. 215; zum Beschluß des 32. DJT: daselbst S. 203, 220; vgl. auch DJZ 1921, 636; Pesl, LZ 1921, 563; Schagen, S. 53–55; Tasche, S. 20–21; Käfer, S. 27–32; Fischer, S. 81, 84; Schirdewahn, S. 192; Schwabe, BA XXVI, 316; Kirchner, S. 25–26; Fränkel, DJZ 1922, 415; Plemper, S. 16; Hauf, S. 65; Jacusiel, S. 25; Brückner, S. 30; Meisner, S. 28; Spiegel, S. 32; Lehmann, Gläubigerschutz, S. 50; Hofmann, S. 153; OLG (Karlsruhe) 2, 344; bayr. OLG JW 1924, 1612; OLG Hamm JW 1927, 730; OLG Frankfurt MDR 1959, 578

Zumindest im Schrifttum herrscht danach die Auffassung vor, § 950 BGB sei ius cogens; dabei ist zu beachten, daß verschiedene Stellen, die für den dispositiven Charakter angeführt wurden, unklar sind und bisweilen von der Verarbeitung „für“ einen anderen sprechen, worin letzten Endes die Anerkennung des zwingenden Charakters liegt

kennen, daß sie – wäre § 950 BGB abdingbar – keine der sonst üblicherweise vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeiten benötigen. Man wird noch weiter zu gehen haben. Wäre der § 950 BGB abdingbar, dürfte keiner der nun folgenden Lösungswege in Betracht gezogen werden, denn entweder setzen sie den zwingenden Charakter der Vorschrift voraus, oder aber sie sind rechtstechnisch schwieriger zu handhaben. Für die Praxis, die den vEV entwickelt hat und ihn anwendet, ist bei mehreren konstruktiv haltbaren Möglichkeiten die einfachste die richtige.

a) Das anticipierte Besitzkonstitut

Immer wieder⁸²⁾ wird für die Ausdehnung des einfachen EV auf das Verarbeitungsprodukt das sog. anticipierte Besitzkonstitut vorgeschlagen. Im Rechtsleben soll häufig Eigentum übertragen werden, ohne daß dabei der Veräußerer den Besitz der Sachen an den Erwerber übertragen will oder kann. Der Gesetzgeber hat diesem praktischen Bedürfnis mit § 930 BGB entsprochen. Die Vorschrift setzt aber voraus, daß der veräußernde Eigentümer im Besitz der Sache ist. Der Fabrikant wird aber erst Besitzer der neuen Sache, auf die es hier ankommt, wenn sie durch Verarbeitung in seinem Betrieb entstanden ist. Die Verarbeitungsklausel wird aber schon vorher vereinbart.

aa) Der Begriff

Die Rechtsprechung⁸³⁾ hat daher zugelassen, daß sich die Parteien bereits vor Besitzerwerb auf seiten des Veräußerers über den Eigentumsübergang einigen und ein Besitzmittlungsverhältnis im voraus vereinbaren. Man bezeichnet diese vorweggenommene Einigung in Verbindung mit einem vorweggenommenen Besitzkonstitut üblicherweise mit dem Ausdruck „anticipiertes Besitzkonstitut“⁸⁴⁾.

Wenn der Verarbeiter die neue Sache hergestellt hat, ist sie in seinem unmittelbaren Besitz, und nach § 950 BGB ist er auch ihr Eigentümer. Das anticipierte Besitzkonstitut hat nun die Wirkung, daß das Eigentum dann auf den Erwerber übergeht, ohne daß es weiterer rechtsgeschäftlicher Erklärungen bedarf. Der Erwerber erwirbt zwar ohne weiteres, aber erst nach dem Veräußerer.

⁸²⁾ Z. B. Westermann, S. 260; Esser, S. 230; Palandt-Hoche, § 950, Anm. 3 a; Hofmann, S. 155; Lorenz II, 73; Eichler II, 1, S. 74–75; Plemper, S. 33; Brückner, S. 71; Haas, S. 15, 48; wohl auch Käfer, S. 50–57; Fischer, S. 90

⁸³⁾ z. B. RGZ 56, 52–54; 135, 367; 140, 226; LZ 1926, 924; BGHZ 7, 115; 21, 56; in der Literatur ist das anticipierte Besitzkonstitut durchweg anerkannt; vgl. für alle Wolff-Raiser, S. 243 bis 244; Westermann, S. 195–196

⁸⁴⁾ Der Ausdruck hat sich eingebürgert, ist aber mißglückt. Auch die Einigung wird anticipiert. Sprachlich richtiger wäre zudem antecipiirtes Besitzkonstitut; vgl. Palandt-Hoche, § 930 Anm. 3; Schlegelberger-Hefermehl, § 383, Anm. 47

bb) Die Erfordernisse

Man verlangt zu Recht, daß sich die Parteien in diesem Moment noch einig sind. Das ergibt sich aus § 929 BGB, der verlangt, daß der Eigentümer dem Erwerber die Sache übergibt und beide über den Eigentumsübergang einig sind. Es genügt nicht, wenn die Parteien früher einmal über den Eigentumsübergang einig waren⁸⁵⁾. Es besteht ein Unterschied zwischen Einigung und Einigsein⁸⁶⁾. Streit herrscht darüber, ob die einmal getroffene Einigung bindend ist⁸⁷⁾. Ich halte die h. M. für richtig, welche die Bindung ablehnt. Man kann sie aber nicht mit einem Hinweis auf § 873, II BGB rechtfertigen, wonach das Gesetz nur im Sonderfall der Auflassung unter gewissen Bedingungen die bindende Wirkung vorgeschrieben habe. Aus dieser Vorschrift kann auch der umgekehrte Schluß gezogen werden. Sie eignet sich als Sonderregelung (Mot. III, 175) im Grundstücksverkehr nicht für eine klare Schlußfolgerung. Bei Entscheidung der Frage ist auszugehen vom Wesen der Einigung. Als Teil des dinglichen Übertragungsgeschäftes bei beweglichen Sachen ist sie notwendigerweise abstrakt und kann keine Verpflichtung aus sich selbst beinhalten, auch nicht die, an der Einigung festzuhalten⁸⁸⁾. Die vorweggenommene Einigung hat aber die Wirkung, daß ihr Weitergelten vermutet wird. Die Vermutung gilt nur dann nicht, wenn die eine Partei, der anderen erkennbar, von der Einigung abgeht⁸⁹⁾.

Weiterhin wird gefordert, daß ein bestimmtes Besitzmittlungsverhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber vereinbart wird. Die überwiegende Meinung läßt zu Recht weder ein abstraktes Konstitut ausreichen, noch hält sie sich andererseits bei dem Erfordernis des konkreten Instituts eng an § 868 BGB⁹⁰⁾. Es genügt also für die im Einzelfall zu fordernde Individualisierung des Besitzmittlungsverhältnisses, daß irgendein Herausgabeanspruch begründet wird, der nicht auf die Dauer ausgeschlossen ist⁹¹⁾. Die Vereinbarung ist erleichtert; das Vorliegen eines Besitzmittlungsverhältnisses kann auch aus den konkludenten Erklärungen entnommen werden, wie das RG (JW 1913, 492) betont. Die Parteien brauchen sich nicht im einzelnen ihrer Rechte und Pflichten genau bewußt zu sein. Es genügt, wenn sie darüber einig sind, daß der Veräußerer

⁸⁵⁾ vgl. Wolff-Raiser, S. 239 mit Anm. 25; Staudinger-Berg, § 929, Anm. 21

⁸⁶⁾ s. RGZ 109, 203; Fischer, NJW 1959, 367 mit Nachweisen in Anm. 15

⁸⁷⁾ Die h. M. verneint die Bindung; RGRK, § 929 Anm. 5 a; Staudinger-Berg, § 929, Anm. 21 mit Nachweisen; Planck-Strecker, § 929, Anm. IV, 3 b; Wolff-Raiser, S. 239–240; Siebert, S. 129–131; Becker, AcP 139, 228–231; RGZ 135, 367; BGHZ 7, 115; 14, 119; Fischer, S. 34–36 mit Angaben
a. A. vor allem Westermann, S. 186, 187, 195; Heck, SR, S. 238; v. Lübtow, ZHR 112, 257–258

⁸⁸⁾ ähnlich RGRK, § 873, Anm. 13

⁸⁹⁾ Siebert, S. 135; Wolff-Raiser, S. 240; RGRK, § 930, Anm. 2 b; Palandt-Hoche, § 930, Anm. 3

⁹⁰⁾ z. B. Westermann, S. 193–194; Wolff-Raiser, S. 242–243; Palandt-Hoche, § 930, Anm. 2 b; RGZ 49, 173; 54, 397–398; 98, 133; RG JW 1915, 445–446; RG Warn. 1925, Nr. 166; RG LZ 1926, 486; RG JW 1927, 669–670; 1929, 2150; BGH NJW 1953, 218
a. A. etwa Heck, SR, S. 238, 500–503; Schagen, S. 62–64 mit Angaben

⁹¹⁾ RGZ 132, 186

mit Besitzerwerb bestimmte Pflichten übernimmt und sich damit die besitzrechtliche Lage zwischen ihnen anders gestaltet, als dies ohne die Vereinbarung der Fall wäre⁹²).

Als solches im voraus vereinbarte Besitzmittlungsverhältnis kann auch die Abrede angesehen werden, die neue Sache solle unmittelbar nach ihrem Entstehen an den Gläubiger zum Zwecke der Sicherung seines Kaufpreises übereignet werden⁹³). Als Klausel käme hier etwa in Betracht⁹⁴):

„Wird die Ware vom Käufer gemäß § 950 BGB verarbeitet, so überträgt der Käufer dem Verkäufer schon jetzt für diesen Fall vorsorglich gemäß § 930 BGB das Eigentum an den hergestellten Sachen.“

Der Schuldner – hier der Fabrikant – behält den unmittelbaren Besitz an der neuen Sache. Er berücksichtigt dabei aber, daß sie Sicherungszwecken zu dienen hat. Dieses „Berücksichtigen“ muß bereits bei Entstehung der neuen Sache durch irgendwelche Ausführungshandlung betätigt werden, so daß – für die Beteiligten – das Besitzmittlungsverhältnis und der Besitzmittlerwille erkennbar wird. Wenn die Anforderungen an die Offenbarung des Besitzverhältnisses auch möglichst niedrig zu halten sind, sollte man im Interesse der Rettung wenigstens einer teilweisen Offenkundigkeit nicht völlig auf sie verzichten. Dabei ist noch zu beachten, daß grundsätzlich auch das Fortbestehen des Besitzmittlerwillens des Veräußerers vermutet wird⁹⁵). Die Sachen sind so genau zu bezeichnen, daß zwischen den Parteien keine Zweifel bestehen, welche Sachen übereignet werden sollen. Bei der Übereignung von Sachen hat man Bestimmtheit des Verfügungsgegenstandes zu verlangen; Bestimmbarkeit genügt nicht⁹⁶). Die durch die Verarbeitung entstehende neue Sache ist genügend bestimmt. Unter Zugrundelegung des jeweiligen Produktionsprozesses in dem betreffenden Geschäftszweig und betrieblicher Unterlagen ist die Identität der neuen Sache eindeutig im voraus bestimmt⁹⁷).

cc) Anticipierte Sicherungsübereignung

Die Konstruktion der Verarbeitungsklausel über das anticipierte Besitzkonstitut setzt die Anwendung des § 950 BGB voraus. Der Hersteller wird Eigentümer und überträgt – im voraus – das Eigentum auf den Lieferanten. Der Lieferant

⁹²) hierzu Westermann, S. 194; RG JW 1915, 445–446; RGZ 118, 364–365

⁹³) Schlegelberger-Hefermehl, Anhang zu § 368, Anm. 60; Röttemann, NJW 1958, 1124; BGH NJW 1958, 1135; auch beim Kauf unter EV: hierzu RGZ 54, 397–398; 69, 197–198; Spiegel, S. 20; Plemper, S. 35; Trost-Schütz (für den Geldkreditgeber), S. 417, 427

⁹⁴) Klausel mit Verbände-Angaben bei Schagen, S. 60

⁹⁵) Zu diesen Fragen s. Staudinger-Berg, § 930, Anm. 6; Westermann, S. 196; Hedemann, S. 133–134; Siebert, S. 135–136; Palandt-Hoche, § 930, Anm. 3; Schlegelberger-Hefermehl, § 383, Anm. 47; Schalfew, IHK, S. 111–112; RGZ 73, 418; 140, 231; RG LZ 1916, 383; RG WarnR 1920, Nr. 163; 1929, Nr. 150; 1932, Nr. 1; BGHZ 10, 71

⁹⁶) RGZ 132, 187; Boehmer, II, 2, S. 150–151; RGRK, § 930, Anm. 3 mit weiteren Nachweisen; Paulus, JZ 1957, 7–11 und 41–48

⁹⁷) s. Schagen, S. 66, 79; RGZ 113, 60; an dieser Stelle wird hierauf nicht näher eingegangen

erhält also Eigentum an der neuen Sache aus dem Vermögen des Herstellers zu seiner Sicherung. Damit liegt die gleiche Situation vor, wie sie für die Sicherungsübereignung typisch ist. Das Besitzkonstitut des § 930 BGB und das anticipierte Besitzkonstitut sind die bei der Sicherungsübereignung vorwiegend angewandten Rechtsfiguren.

Die Rechtslage gestaltet sich folgendermaßen:

Bis zur Entstehung der neuen Sache – mit Beendigung der ersten „Verarbeitungsstufe“ – war der Lieferant durch den EV an seiner Ware geschützt. Durch § 950 BGB ging seine Sicherung verloren. Das Eigentum an der neuen Sache entstand in der Person des Fabrikanten. Gleich anschließend geht es ohne weiteres auf Grund des anticipierten Besitzkonstituts als Sicherungseigentum auf den Lieferanten über. Die Stellung des Lieferanten als eines VBV wandelt sich um in die eines Sicherungseigentümers. Schagen (S. 74) spricht von einer „indirekten Fortsetzung“ des EV in der Sicherungsübereignung. Richtiger wäre es zu sagen, die vorher durch den EV gewährleistete Sicherheit des Lieferanten wird nun fortgesetzt durch das Sicherungseigentum.

Der Lieferant ist solange Sicherungseigentümer, als seine Kaufpreisforderung noch nicht völlig bezahlt ist. Mit Zahlung der letzten Rate erlischt sein Sicherungsinteresse. Fraglich ist, wie dann der Fabrikant sein Eigentum wieder zurückerhält. Unter Zugrundelegung des Sicherungszwecks bei der Sicherungsübereignung muß man zu dem Ergebnis kommen, daß mit Erledigung des Zweckes das Eigentum auf den Sicherungsgeber zurückfällt. Die Übertragung des Eigentums von dem Sicherungsgeber auf den Sicherungsnehmer ist also grundsätzlich durch die vollständige Zahlung des Kaufpreises auflösend bedingt, § 158, II BGB. Mit Bedingungseintritt erstarkt das beim Sicherungsgeber verbliebene Anwartschaftsrecht ohne weiteres zum Vollrecht⁹⁸⁾.

dd) Kritik dieser Lösung

Faßt man die Verarbeitungsklausel als Vereinbarung eines anticipierten Besitzkonstitutes, hat man den Vorteil, sich konstruktiv in ausgefahrenen Bahnen zu bewegen. So wird verständlich, daß manche Vertreter anderer Auffassungen der Praxis aus Sicherheitsgründen diesen Weg anempfehlen⁹⁹⁾. Es spricht nicht für Rechtssicherheit auf dem Gebiet des vEV, wenn in der Praxis bisweilen subsidiär der „sichere Weg“ des anticipierten Besitzkonstituts vorgesehen ist. Die Zulässigkeit dieser Konstruktion der Verarbeitungsklausel ist nicht zu bestreiten. Dennoch kann sie nur als Lösungsversuch gewertet werden. Ausgangs-

⁹⁸⁾ Zum Stand der Meinungen: vgl. Wolff-Raiser, S. 735 mit Anm. 16; neuerdings auch abweichend Lent, NJW 1957, 1182; Schütz, NJW 1957, 1541–1543; s. auch Trost-Schütz, S. 405, 426, 430

⁹⁹⁾ z. B. Staudinger-Berg, § 950, Anm. 15

punkte der Kritik sind der Parteiwille und die Interessenlage. Über das anticipierte Besitzkonstitut wird der Lieferant nicht sofort Eigentümer der neuen Sache, sondern er erwirbt von dem Hersteller. Das ist nicht der Sinn und entspricht nicht dem Wesen der EV-Sicherung. Ziel ist es, das Eigentum an der neuen Sache direkt beim Lieferanten entstehen zu lassen. Erhält er – wie hier – „nur“ Sicherungseigentum, so kann dieses Eigentum mit Rechten Dritter belastet sein. In dem Moment des Entstehens der neuen Sache erwirbt der Fabrikant. Mit Rücksicht auf das Erfordernis der Übergabe bzw. des Übergabesurrogats und seiner grundsätzlichen Bedeutung im System des Sachenrechts kann die Tatsache des Durchgangserwerbs bei beweglichen Sachen nicht geleugnet werden. Eine andere Frage ist die, ob der häufig in diesem Zusammenhang verwendete Ausdruck „logische Sekunde“ glücklich gewählt ist. Mit Erwerb des Eigentums seitens des Herstellers werden eventuell vorher vorgenommene Pfändungspfandrechte wirksam, entstehen gegebenenfalls gesetzliche Pfandrechte oder tritt die neue Sache in einen Haftungsverband, etwa § 1120 BGB¹⁰⁰). Das aber soll gerade verhindert werden. Hier wird der grundlegende Unterschied zwischen EV und Sicherungsübereignung deutlich. In beiden Fällen wird Eigentum als Sicherungsmittel benutzt. Während das Sicherungseigentum aber aus dem Vermögen des Sicherungsgebers auf den Sicherungsnehmer übertragen wird, wird es bei der EV-Sicherung dem sicherungsbedürftigen VBV belassen. Daraus ergeben sich nach h. M. weittragende Konsequenzen, insbesondere im Konkurs, worauf hier jedoch noch nicht einzugehen ist. Diese Divergenz erklärt ohne weiteres, daß die Sicherungsübereignung ein typisches Kreditsicherungsmittel der Banken ist, während der EV und seine Verlängerungsformen das wichtigste Sicherungsmittel des Warenkreditgebers darstellen. Aus dem Unterschied der Institute und der verschiedenen Interessenlage auf seiten des Lieferanten muß das anticipierte Besitzkonstitut – trotz seiner voll und ganz zu bejahenden Zulässigkeit – als Konstruktion des vEV abgelehnt werden. Es vermag dem VBV nur das Sicherungseigentum zu vermitteln, während er die direkte Verlängerung seiner Sicherung auf das Eigentum an der neuen Sache anstrebt. Damit braucht auf einen allgemeinen Nachteil des Besitzkonstituts für die Sicherung nur noch kurz hingewiesen zu werden. Der Eigentumserwerb des späteren Erwerbers ist in das Belieben des – im vorliegenden Falle – Herstellers gelegt¹⁰¹). Abgesehen davon, daß er an die vorherige Einigung nicht gebunden ist, kann er bei Entstehen der neuen Sache seinen Willen zum Ausdruck bringen, dem Lieferanten den Besitz nicht zu vermitteln, sondern als Eigenbesitzer oder für einen Dritten besitzen zu wollen. Dann entfällt die Abrede des anticipierten Besitzkonstituts, unbeschadet einer Schadensersatzpflicht

¹⁰⁰) Hierzu Westermann, S. 196; Palandt-Hoche, § 930, Anm. 3 a. E.: RGZ 140, 231; unzutreffend insoweit Haas, S. 74

¹⁰¹) vgl. hierzu Schlegelberger-Hefermehl, Anhang zu § 368, Anm. 23; Lange, NJW 1950, 567; Flume, Landesreferate, S. 72; Spiegel, S. 39; Schagen, S. 71; v. Wehner, S. 73; Hochgürtel, S. 117; Fischer, S. 91

des Herstellers. Dinglich gesichert ist der Lieferant in diesem Falle aber nicht. Daher wird hier bisweilen ein Treuhänder eingeschaltet, was jedoch umständlich ist und meist nicht in Frage kommt¹⁰²⁾.

Wenn darauf hingewiesen wird, das anticipierte Besitzkonstitut eigne sich auch deshalb nicht für die Verarbeitungsklausel, weil praktische Schwierigkeiten auftauchen, so ist das m. E. kein Punkt der Kritik. Praktische Schwierigkeiten mögen entstehen¹⁰³⁾, insbesondere bei einem mehrstufigen Produktionsprozeß, bei dem immer wieder neue Sachen anfallen. Diese Schwierigkeiten lassen sich jedoch überwinden. Zudem ist es kein grundsätzlicher Unterschied, ob Einigung und Besitzkonstitut für nur einen Fall (bei einstufigem Prozeß) oder ein für allemal vereinbart wird.

Der Lösungsversuch über das anticipierte Besitzkonstitut ist daher abzulehnen; er steht mit Wesen und Zweck der EV-Sicherung in Widerspruch.

b) Abschluß eines Gesellschaftsvertrages

Auf Anregung der Handelskammer Bremen hat Geiler 1921 dem 32. Deutschen Juristentag vorgetragen, als Lösung der konstruktiven Schwierigkeiten bei der Verarbeitungsklausel komme ein Gesellschaftsvertrag zwischen Lieferant und Fabrikant in Frage¹⁰⁴⁾.

aa) Die theoretische Möglichkeit

Nach § 705 BGB kommt eine Gesellschaft durch Vertrag zustande. Der Gesellschaftsvertrag könnte in der Vereinbarung der Verarbeitungsklausel liegen. Der Zweck der Gesellschaft ist die Herstellung der neuen Sache. Daraus folgt zugleich die Beitragsregelung, § 706 BGB. Der Lieferant bringt die EV-Ware, z. B. Rohstoffe, in die Gesellschaft ein. Er übereignet sie an die Gesellschaft. Sie steht nun den beiden Gesellschaftern zur gesamten Hand zu, § 718 BGB. Der Fabrikant verarbeitet sie zu einer neuen Sache als Gesellschafter. Auf Grund des § 718, II BGB entsteht das Eigentum an der neuen Sache nach dem Surrogationsprinzip bei der Gesellschaft. Die Gesellschafter sind Eigentümer des neuen Produkts zur gesamten Hand. Der § 950 BGB tritt also in Kraft; Hersteller ist nicht der verarbeitende Gesellschafter, sondern die Gesamtheit der Gesellschafter¹⁰⁵⁾.

Schagen (S. 119) schildert treffend den weiteren Verlauf. Die Verkaufsforderung aus dem Weiterverkauf des Produktes wird Gesamthandsforderung und auch der eingehende Erlös steht den beiden Gesellschaftern zur gesamten Hand zu.

102) Ein Beispiel im deutsch-niederländischen Vertrag über Kredit und Steinkohlen vom 31. Dezember 1920 (RGBl. 1921, S. 55–74)

103) s. Schagen, S. 70–72; Grünebaum, DJZ 1920, 584–585

104) Verhandlungen des 32. DJT, S. 198–199; Rühl, S. 126; s. hierzu auch Schagen, S. 116–122; Herz, IJb. 74, 47–48; Käfer, S. 47–48

105) Kirchner, S. 57; Schagen, S. 117

Erst bei der Verteilung des Erlöses nach Maßgabe besonderer Vereinbarung kommt die anteilige Beteiligung des Lieferanten und Fabrikanten am Produkt zum Ausdruck. Die Auseinandersetzung der Gesellschaft richtet sich nach §§ 730 ff. BGB. Scharf zu trennen sind folgende beiden Rechtsverhältnisse: einmal der Kaufvertrag zwischen Lieferant und Fabrikant mit EV für die Kaufpreisforderung, und dann: der Zusammenschluß von Lieferant und Fabrikant zur Gesellschaft, in die der Lieferant die ihm wegen des EV noch gehörende Ware einbringt und in der sie der Fabrikant verarbeitet. Als Sicherung nach der Verarbeitung hat der Lieferant also Gesamthandseigentum an der neuen Sache.

Die Konstruktion eines Gesellschaftsvertrages ist demnach theoretisch möglich für das Verhältnis zwischen Lieferant und Fabrikant.

bb) Kritische Würdigung

Trotz seiner theoretischen Zulässigkeit halte ich die Lösung des Problems auf dem Wege über die Konstruktion eines Gesellschaftsvertrages für verfehlt. Der Abschluß eines Gesellschaftsvertrages erfordert mehr und setzt andere wirtschaftlich – tatsächliche Situationen voraus, als sie bei dem vEV vorliegen. Ohne weiteres, als generelle Regelung, kann der Gesellschaftsvertrag nicht dienen. Wenn aber die Parteien im Einzelfall einen Gesellschaftsvertrag vereinbaren, ist eine solche Vereinbarung auf ihren eigentlichen Inhalt zu prüfen¹⁰⁶). Wenn der einzige Anlaß die Kreditsicherung war, werden in der Regel bereits bei dem Gesellschaftszweck Zweifel auftauchen. Der § 705 BGB erfordert einen gemeinsamen Zweck. Die Gemeinschaftlichkeit des Zwecks ist großzügig auszulegen. Es ist den Gesellschaftern unbenommen, auch persönliche Interessen zu verfolgen. Der BGH (NJW 1951, 308) stellt fest: „Der Endzweck einer Gesellschaft braucht . . . nicht gemeinschaftlich zu sein. Es muß aber wenigstens ein diesem Endzweck dienendes Mittel von den Vertragsschließenden als gemeinsamer Zweck verfolgt werden.“ Unter Zugrundelegung dieser weiten Auslegung könnte als gemeinsamer Gesellschaftszweck die Herstellung der neuen Sache angesehen werden. Die Beweggründe der Gesellschafter sind dabei verschieden: Der Lieferant will Sicherung, der Fabrikant betrachtet die Herstellung als Erfüllung seines Betriebszwecks. Selbst wenn man somit einen gemeinsamen Zweck annimmt, wird sich bei Betrachtung der Rechtstatsachen meist feststellen lassen, daß ein Gesellschaftsvertrag nur zum Schein vereinbart war und daß lediglich die Rechtsfolge, nämlich Sicherheit des Warenlieferanten durch das Gesamthandseigentum, erstrebt war. Über § 118 BGB hat man dann Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages anzunehmen; der Lieferant ist somit ungesichert.

Ein wichtiger Hinweis darauf, ob tatsächlich eine Gesellschaft vorliegt, ist im allgemeinen die Art und Weise, in welcher der Fabrikant mit dem Verkaufs-

¹⁰⁶) so auch Schagen, S. 120

erlös des neuen Produktes verfährt¹⁰⁷⁾. Wenn der Fabrikant – was die Regel ist – das hergestellte Produkt verkauft, ist er insoweit Geschäftsführer der Gesellschaft. Für die Annahme eines Gesellschaftsverhältnisses spricht nur ein solches Verfahren, nach dem er gemäß §§ 713, 667 BGB den gesamten Erlös an die Gesellschaft abführen würde, um seinen Teil über einen Rechnungsab-schluß erst nach Auflösung der Gesellschaft zu erhalten, § 721 BGB. Eine solche Regelung bei dem vEV anzunehmen, wäre bloße Theorie. Der Lösungsversuch über einen Gesellschaftsvertrag ist zu schwerfällig und umständlich¹⁰⁸⁾. Die Ver-tragspartner wollen solche Wege grundsätzlich nicht gehen. Anders freilich, wenn zwei Betriebswirtschaften in enger ständiger Geschäftsbeziehung stehen. Dann aber handelt es sich meist nicht mehr um reine Sicherungsgeschäfte, sondern um gesellschaftliche Zusammenarbeit.

Bei der Verarbeitungsklausel im Einzelfalle aber muß diese Konstruktion als gekünstelt und sowohl dem Parteiwillen als auch den Rechtsstatsachen nicht entsprechend als generelle Lösung abgelehnt werden. Sie hat so auch praktisch kaum Bedeutung.

c) Verarbeitung „für“ den Warenkreditgeber

Den bisher behandelten Lösungsversuchen gelang es nicht, auf konstruktiv haltbarem Weg das Ergebnis herbeizuführen, das dem Willen der Parteien entspricht. Der VBV soll seine Sicherheit direkt auf das Eigentum an der neuen Sache verlängern können. Man hat daher einen anderen Ansatzpunkt gewählt: den Herstellerbegriff. So kam man zu dem Ergebnis, der Stofflieferant werde nach § 950 BGB direkt Eigentümer, wenn der Fabrikant „für“ ihn herstelle¹⁰⁹⁾.

aa) Allgemeines

Die einfachste Lösung wäre die, daß der Fabrikant als Stellvertreter des Liefe-ranten verarbeiten würde. Damit würden nach dem Grundgedanken der Ver-tretungsvorschriften die Rechtswirkungen direkt in der Person des Vertrete-ren, des Lieferanten, entstehen. Die §§ 164 ff. BGB sind aber nur anwendbar bei rechtsgeschäftlichem Handeln. Das ist allgemein anerkannt und läßt sich auch dem Gesetz entnehmen: Die Vorschriften stellen auf die Willenserklä-rung ab. Die Verarbeitung ist Realakt. Damit muß die direkte Anwendung der

107) Schagen, S. 121

108) übereinstimmend Brückner, S. 69, Käfer, S. 49

109) vgl. z. B. Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 27 a; Staudinger-Berg, § 950, Anm. 15; RGRK § 455, Anm. III, VII, 7; § 950, Anm. 2; Erman-Hefermehl, § 950, Anm. 3; Wolff-Raiser, S. 271, Anm. 4; Rühl, S. 132, 136; Schalfew, IHK, S. 113–114; Scholz, S. 263, N. 177; Hoch-gürtel, S. 118, 123; Schagen, S. 26, 40, 85, 98; Meisner, S. 29–31; Käfer, S. 38; RGZ 138, 88; RG JW 1939, 563; LG Braunschweig MDR 1950, 740; BGHZ 14, 117; 20, 163–164;

kritisch: Meisner, S. 28; Brückner, S. 43; Flume, NJW 1950, 844; wohl auch Larenz II, 73 mit Angaben;

widerspruchsvoll Hochgürtel, S. 161: § 950 BGB sei (durch Vereinbarung) ausgeschlossen, im übrigen erfolge die Verarbeitung „für“ den Verkäufer

Vorschriften über die Vertretung entfallen. Man hat deshalb vorgeschlagen, die §§ 164 ff. BGB analog auf die Verarbeitung anzuwenden¹¹⁰⁾. Dieser Versuch ist aus gutem Grund gescheitert. Unter die für Rechtsgeschäfte vorgesehene Vertretung im BGB waren noch die sog. geschäftsähnlichen Handlungen zu bringen. Dies deshalb, weil auch bei ihnen der Wille des Handelnden von Bedeutung ist, wenn auch die Rechtswirkungen ex lege eintreten. Das Willensmoment rechtfertigt die Anwendung der allgemeinen Vorschriften, z. B. auch der §§ 164 ff. BGB auf die rechtsähnlichen Handlungen. Anders ist es bei den Realakten. Hier spielt der Wille keine Rolle. Entscheidend ist die Herbeiführung eines bestimmten äußeren Erfolges, an den das Gesetz die Rechtsfolgen anknüpft. Hier ist kein Platz für Stellvertretungsregelungen, wie sie das Gesetz bei Rechtsgeschäften vorsieht. Die erste Voraussetzung jeder Analogie, nämlich die Gesetzeslücke¹¹¹⁾, fehlt bereits. Im Rahmen dieses Problems der „fremdwirkenden Spezifikation“ entstand so der Begriff der Tatvertretung. Grundlage ist die Überlegung, Vertretungstatbestände seien eine allgemeine Lebenserscheinung. Auf allen Gebieten müsse grundsätzlich Vertretung möglich sein – mit Ausnahme der nicht vertretbaren Handlungen, wie sie auch vom Gesetz berücksichtigt seien. Tasche¹¹²⁾ argumentiert so: Die rechtsgeschäftliche Vertretung sei eine Vertretung bezüglich der Willenserklärung. Er nennt sie deshalb „Erklärungsvertretung“. Bei der Verarbeitung als Tathandlung (Realakt) könne nur eine Vertretung in der Vornahme der tatsächlichen Handlung in Frage kommen. Er nennt sie „Tatvertretung“.

Die Möglichkeit und Notwendigkeit der Vertretung ist in der Tat weiter als der Kreis der Rechtsgeschäfte. Die Folgerungen, die Tasche daraus zieht, gehen aber zu weit, denn letztlich will er auf dem Umweg über die „Tatvertretung“ doch zu einer Anwendung der Stellvertretungsregeln kommen. Im Ergebnis läuft dieses Vorgehen auf eine Gleichschaltung von Rechtsgeschäft und Realakt in einer allgemeinen Zurechnungsregelung hinaus. Das ist nicht zu billigen. Fruchtbarer für eine konstruktiv mögliche Lösung ist der Gedanke der Gehilfenschaft¹¹³⁾. Dabei stellt man sich die Tätigkeit des Gehilfen so vor, daß sie hinsichtlich ihrer Rechtsfolgen als Handlung desjenigen gilt, dem „geholfen“ wird¹¹⁴⁾. Stellvertretung und Gehilfenschaft unterscheiden sich grundlegend. Zentralbegriff bei der Stellvertretung ist die Willenserklärung. An ihr orien-

110) vgl. etwa Lehmann, Gläubigerschutz, S. 51–52; Spiegel, S. 39

111) hierzu s. Bartholomeyczik, S. 81–83; zum gleichen Ergebnis kommen wohl auch Wolfgramm, S. 38 ff., 41; Meisner, S. 28; Käfer, S. 37; Brückner, S. 47; Plemper, S. 22; Kirchner, S. 45

112) Tasche, S. 60 ff.; vgl. auch Krückmann, IJb. 65, 214, 231–232; Plemper, S. 28–30; zur Kritik: Kirchner, S. 52–53; Herz, IJb 74, 8, Anm. 13

113) vgl. z. B. v. Tuhr II, 2, S. 371; Rühl, S. 136–138; Levy, IHK, S. 162; kritisch Tasche, S. 53–56; Plemper, S. 19, 27; Haub, S. 68; Schagen, S. 96; Jacusiel, S. 26; Brückner, S. 52–54; Kirchner, S. 48–49; Ludewig, DB 1951, 932; v. Wehner, S. 72–73

114) s. Wolfgramm, S. 29–31; Tasche, S. 29, 82; Brandes, S. 7; Staudinger-Berg, § 950, Anm. 13 mit Angaben; OGHZ 2, 392; BGH NJW 1952, 662. Da die Handlung zur Ebene des Seins gehört, kann nicht die Handlung als solche, sondern nur ihre Rechtsfolge einem andern zugerechnet werden

tieren sich Vertretung und Vertretungsfolgen. Anders bei der Gehilfenschaft. Sie ist völlig losgelöst von Willensmomenten. Der Gehilfe arbeitet für seinen „Herrn“; er nimmt Handlungen vor, die eigentlich durch den „Herrn“ vorzunehmen wären, aber auf Grund des Gehilfenverhältnisses auf ihn übertragen sind. Damit erhebt sich die Frage, ob und inwieweit die Abhängigkeit Wesensmerkmal der Gehilfenschaft ist.

Der weite Begriff der Gehilfenschaft ist zunächst auf das Gebiet des § 950 BGB einzuschränken; nur insofern ist er hier von Interesse. Bei der Verarbeitung setzt der Begriff der Hilfsperson den Faktor „Betrieb“ voraus. Er gibt den Rahmen ab, innerhalb dessen die Gehilfenschaft besteht, und er läßt die notwendigerweise in irgendeiner Form vorliegende Zusammenarbeit zwischen Hersteller und Gehilfe nach außen hin als Einheit erscheinen¹¹⁵⁾. Ein völlig Selbständiger kann kein Gehilfe sein. Dabei wird nicht verkannt, daß die Spanne bei der Gehilfenschaft auch im Rahmen der Verarbeitung sehr weit ist; sie geht von der Verrichtung rein mechanischer Handgriffe bis zur „freien“ beratenden Mitarbeit eines hochqualifizierten Fachmannes¹¹⁶⁾. Allen ist gemeinsam, daß ihr Arbeitseinsatz dem Betriebszweck untergeordnet ist und von dem Hersteller, dem Fabrikanten, gesteuert wird. Nur darauf ist bei der Frage der Abhängigkeit des Gehilfen im Rahmen des § 950 BGB abzustellen. Wesensmerkmal ist nicht etwa die wirtschaftliche Abhängigkeit¹¹⁷⁾. Allein ausschlaggebend ist, daß innerhalb der betrieblichen Organisation die Arbeit des Gehilfen in den Produktionsvorgang eingegliedert ist.

Schagen (S. 94) hat zutreffend drei objektive Merkmale für das Vorliegen einer Gehilfenschaft aufgestellt: Ein gemeinsames Arbeitsprogramm, Beteiligung des Arbeitsherrn in irgendeiner Form und Unterordnung des Gehilfen „betreffs seiner Arbeitstätigkeit“ unter die leitende Anordnung des Arbeitsherrn. Er nennt (a. a. O.) die hier allein in Frage kommende Art der Abhängigkeit in bewußtem Gegensatz zu wirtschaftlicher oder sozialer Abhängigkeit zutreffend „Arbeitsabhängigkeit“.

Begriff und Wesen der Gehilfenschaft führen hin zu der Frage¹¹⁸⁾, die den Ausgangspunkt verschiedener in diesem Zusammenhang zu behandelnder Lösungsversuche bildet: Ist es konstruktiv möglich, den Stofflieferanten durch Vertrag zum Hersteller einer neuen Sache zu erklären, die nicht von ihm, sondern von einem selbständigen Fabrikanten hergestellt wird?

In der Praxis wird hier etwa vereinbart:

„Die Ware bleibt bis zur vollständigen Bezahlung unser Eigentum. Eine Verarbeitung vor vollständiger Bezahlung wird von unserem Abnehmer für uns vorgenommen.“

¹¹⁵⁾ hierzu Brodmann, IJb 79, 133–134; Schagen, S. 91–94 mit weiteren Angaben

¹¹⁶⁾ s. hierzu LAG Frankfurt/M. BB 1953, 145

¹¹⁷⁾ daher wird hier auch der Ausdruck „Arbeitgeber“ vermieden

¹¹⁸⁾ ähnl. bei Schagen, S. 87

bb) Kritische Würdigung der vorgeschlagenen Konstruktionen

aaa) Dienstvertrag

Man hat vorgeschlagen, in diesen oder ähnlichen Abreden, nach denen eine Verarbeitung „für“ den Lieferanten vorzunehmen sei, auf die Vorschriften über den Dienstvertrag, §§ 611 ff. BGB, zurückgreifen. Würden Stofflieferant und Fabrikant solche Klauseln in ihr gegenseitiges Rechtsverhältnis aufnehmen, sei darin der Abschluß eines Dienstvertrages zu sehen.

Gegenstand des Dienstvertrages können Dienste jeder Art sein, §§ 611, II BGB. Der Fabrikant verpflichtet sich im Dienstvertrag, die neue Sache „im Dienste“ des Lieferanten herzustellen. Er leistet also die Hersteller-Tätigkeit als Gehilfe des Lieferanten. Sie wird dann dem Lieferanten als dem Dienstberechtigten „zugerechnet“¹¹⁹⁾. Die Folge ist, daß auch die Rechtsfolgen des § 950 BGB unmittelbar in der Person des Lieferanten eintreten.

Das erwünschte Ergebnis ist also erreicht.

Dennoch ist der Vorschlag, einen Dienstvertrag zwischen Lieferant und Hersteller anzunehmen, als Konstruktion der Verarbeitungsklausel abzulehnen¹²⁰⁾. Die besondere Vereinbarung eines Dienstvertrages im Einzelfall ist den Parteien unbenommen – aber als generelle Lösung kommt der Dienstvertrag für die Verarbeitungsklausel nicht in Betracht. Der Grund dafür ist im Rechtstatsächlichen zu suchen. Die Erfüllung des Dienstvertrages erfordert die Betätigung menschlicher Arbeitskraft; der Vertrag ergreift daher die Person des Schuldners in höherem Maße, als das etwa beim Kauf der Fall ist¹²¹⁾. Eine solche Intensivierung der persönlichen Beziehungen wird bei der Verarbeitungsklausel weder beabsichtigt noch herbeigeführt.

Der Fabrikant stellt die neue Sache in seinem Betrieb unter Wahrung seiner Selbständigkeit für eigene Rechnung her. Das läßt sich nicht mit der Annahme eines Dienstvertrages vereinbaren. Die Arbeit des Dienstverpflichteten – wie des Gehilfen – ist dadurch gekennzeichnet, daß sie durch Eingliederung in einen „Produktionsverband“ fremdbestimmt ist¹²²⁾. Der Wille des Fabrikanten, nicht für den Lieferanten leisten zu wollen, wäre kein Argument. Im Rahmen des Dienstverhältnisses wäre er unbeachtlich. Aber die Arbeit des Herstellers ist nicht die eines Gehilfen. Keines der drei objektiven Merkmale der Gehilfenschaft wird durch die Verarbeitungsklausel aufgestellt¹²³⁾. Sie arbeiten nicht miteinander innerhalb einer betrieblichen Einheit, sondern nebeneinander in

¹¹⁹⁾ zum Ausdruck s. Zeuner, JZ 1955, 195–197

¹²⁰⁾ a. A. Brandes, S. 8; RGZ 138, 88; richtig aber Brückner, S. 59–60, 62; Schagen, S. 104; Käfer, S. 41–42; Fischer, S. 88–89

¹²¹⁾ vgl. Enn.-Lehmann, S. 611

¹²²⁾ Palandt-Gramm, Einf. vor § 611, Anm. 2 b; LAG Düsseldorf DB 1953, 192

¹²³⁾ vgl. auch Schagen, S. 98–99

zwei verschiedenen Betriebswirtschaften. Das Erfordernis der Mitarbeit ist nicht gegeben. Auch besteht keine Abhängigkeit im Sinne einer Arbeitsabhängigkeit. Der Versuch, über die Annahme eines Dienstvertrages zur Gehilfenschaft des Fabrikanten zu kommen, muß also an den Rechtstatsachen scheitern. Schagen (S. 102) betont zu Recht, daß die Parteien nur das Ergebnis, die Rechtsfolge beabsichtigen, nicht aber ihr tatsächliches Verhältnis zueinander entsprechend zu gestalten gewillt sind.

bbb) Arbeitsvertrag

Vom Dienstvertrag war es nicht mehr weit, als Lösung die Vereinbarung eines Arbeitsvertrages anzuerkennen¹²⁴⁾. Nach den Ausführungen über die Gehilfenschaft ist es verständlich, daß im Arbeitsrecht allgemein anerkannt ist, daß nicht der Arbeiter, sondern der Fabrikant „Hersteller“ im Sinne des § 950 BGB ist und somit Eigentum an der neuen Sache erwirbt. Dieses Ergebnis folgt aus einer „vernünftigen Anwendung“ des Herstellerbegriffs. Dieses allgemeinen Gedankens bedarf es m. E. aber nicht. Bereits die Betrachtung des besonders gearteten Rechtsverhältnisses zwischen den Parteien im Arbeitsvertrag muß zu dem gleichen Ergebnis führen. Es kommt nicht darauf an, wer die Verarbeitung in concreto übernimmt. Entscheidend ist, wer sie durchführt bzw. durchführen läßt¹²⁵⁾. Diese Modifikation des Hersteller-Begriffs ist von großer Wichtigkeit für unser Problem.

Noch ein weiterer Gedanke ist in diesem Zusammenhang heranzuziehen. Aus dem Zweck des § 950 BGB als einer Konfliktlösung ergibt sich, daß für die Anwendung dieser Vorschrift im Verhältnis zwischen Arbeitsherrn und Arbeiter – im Arbeitsverhältnis – kein Raum ist. Der Konflikt zwischen den Stoffeigentümern und den Verarbeitern, den das Gesetz im Sinne der produktiven Arbeit entschieden hat, besteht nicht zwischen Arbeitsherrn und Arbeiter. Dieser Gesichtspunkt wird m. E. bei den vielfältigen Erörterungen zu diesen Fragen zu wenig beachtet. Das Ergebnis ist in jedem Falle: Wenn der Fabrikant im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses für den Lieferanten herstellen würde, entstände das Eigentum beim Lieferanten. Er wäre also in der angestrebten Weise gesichert.

Die Ablehnung dieses Lösungsversuches erfolgt ebenfalls wieder aus einem Blick auf die Rechtstatsachen, die geprägt werden durch den Parteiwillen. Die Parteien wollen das Ergebnis, wie es auch im Rahmen eines Arbeitsvertrages eintritt. Aber sie wollen auf keinen Fall einen Arbeitsvertrag miteinander schließen. Der Fabrikant, der Waren unter vEV gekauft hat und sie verarbeitet, bleibt selbständig. Er hat keineswegs die Absicht, wegen der Verarbeitungsklausel

¹²⁴⁾ s. etwa Brandes, S. 8

¹²⁵⁾ so wohl auch Sinzheimer, JW 1932, 2598; Hueck-Nipperdey I, S. 453 ff., bes. 458 mit Anm. 25; Staudinger-Berg, § 950, Anm. 13

zum Lohnarbeiter seines Lieferanten zu werden. Würde zwischen den Parteien des erwünschten Erfolges wegen ein Arbeitsvertrag abgeschlossen, so wäre dieser Vertrag in aller Regel mangels Ernstlichkeit gemäß § 118 BGB nichtig¹²⁶⁾.

ccc) Werkvertrag

Ein anderes Rechtsinstitut bot sich an: der Werkvertrag, §§ 631 ff. BGB¹²⁷⁾. Wie bereits nachgewiesen, erwirbt der Unternehmer im Werkvertrag kein Eigentum. Eigentümer auch der durch die Arbeit des Unternehmers entstandenen Sachen ist der Besteller. Diese Rechtsfolge stimmt mit der durch die Verarbeitungsklausel erstrebten überein. Die Vereinbarung von Werkverträgen zum Zwecke der Sicherung des Rohstofflieferanten hat insbesondere nach dem ersten Weltkrieg im Zusammenhang mit dem „Veredlungskredit“ eine wichtige Rolle gespielt. Ausländische Rohstofflieferanten ließen aus währungstechnischen Gründen von deutschen Unternehmen herstellen¹²⁸⁾. Es handelte sich dabei aber um besonders gelagerte Fälle, die zu einer Verallgemeinerung ungeeignet sind.

Wenn ein echter Werkvertrag vorliegen soll, hat der Besteller, der Eigentümer der neuen Sache ist, das „vertragsmäßig hergestellte Werk“ nach § 640 BGB abzunehmen¹²⁹⁾. Das aber ist grundsätzlich bei Verhältnissen mit Verarbeitungsklauseln nicht der Fall. In der Mehrzahl der Fälle kann der Lieferant die neue Sache nicht gebrauchen. Er will Zahlung seiner Rechnung bzw. Sicherung für seinen Kaufpreis, nicht aber die „Abnahme“ der Ware. Es sind einige Fälle bekannt, in denen tatsächlich zwischen Lieferant und Hersteller ein Werkvertrag zum Zwecke der Sicherung gewährten Kredites abgeschlossen worden ist¹³⁰⁾.

Solche Fälle aus der Praxis sind Ausnahmefälle. Die Rechtsgestaltung unterscheidet sich grundlegend von derjenigen, wie sie üblicherweise bei Verkäufen unter vEV anzutreffen ist. Der Sicherungsgedanke, der den vEV-Geschäften den Hintergrund bildet, ist in diesen Ausnahmefällen verabsolutiert. Das führt dazu, daß man unter derartigen Umständen das Herstellerunternehmen als in gewissem Sinne abhängig von dem Lieferanten bezeichnen muß. Im Grunde sind solche Erscheinungen ein Anzeichen ungesunder Wirtschaftsführung.

In der überwiegenden Mehrzahl der Fälle liegen derartige Voraussetzungen nicht vor¹³¹⁾. Unbeschadet der Möglichkeit, durch besondere Vereinbarung

¹²⁶⁾ vgl. auch Schalfjew, IHK, S. 114; Levy, IHK, S. 162; Schagen, S. 99–100, 102–103; Rühl, S. 138–139; Brückner, S. 60, 63–64

¹²⁷⁾ vgl. etwa RGZ 138, 88; BGHZ 14, 117; 20, 163–164; Wolff-Raiser, S. 271, Anm. 4; Schwabe, BA XXVI, 316; Schirdewahn, S. 195–196 (für den Geldkreditgeber)

¹²⁸⁾ hierzu s. Koch, BA XX, S. 92; Geiler, Vhdlg. d. 32. DJT., S. 202; Schagen, S. 115

¹²⁹⁾ zum Begriff der „Abnahme“ s. Larenz II, 179–181

¹³⁰⁾ z. B. bei Brückner, S. 64–65 (Ol Raffinerie)

¹³¹⁾ vgl. auch Käfer, S. 44; Plemper, S. 32; Brückner, S. 59–60, 62; Schagen, S. 101; Hauß, S. 67; OLG (KG) 26, 60; OLG (Hamburg) 34, 184;

Werkverträge zu Sicherungszwecken abzuschließen, ist durchweg die Anwendung des § 118 BGB zu erwägen. Die Parteien wollen zwar den Rechtserfolg des Werkvertrages, nicht aber ernstlich das Werkvertragsverhältnis selbst. Die abweichende Meinung, die dem arbeitsselbständigen Unternehmer beim Werkvertrag das Eigentum an dem hergestellten Werk zuspricht, muß natürlich sowieso zur Ablehnung der Konstruktion über den Werkvertrag als „zwecklos“ kommen¹³²⁾.

ddd) Auftrag

Auch hat man versucht, die Auftragsvorschriften, §§ 662 ff. BGB, heranzuziehen¹³³⁾. Der Fabrikant sollte die Verarbeitung im Auftrag seines Lieferanten vornehmen. Als Beauftragter sollte er in eine der Gehilfenschaft entsprechende Stellung kommen. Dadurch wollte man den direkten Eigentumserwerb des Lieferanten ermöglichen.

Diese Lösung hat gegenüber den vorhergehenden den Vorteil, daß das Tätigwerden des Beauftragten unentgeltlich ist. Schwierigkeiten bei der Feststellung, was der Lieferant als Gegenleistung innerhalb des Dienstvertrags, Arbeitsvertrags oder Werkvertrags erbringe, entstehen hier nicht.

Ich halte den Konstruktionsversuch über den Auftrag für vollkommen verfehlt. Nicht deshalb, weil der Fabrikant im kaufmännischen Geschäftsverkehr nicht im Auftrag seines VBV herstellt; das kommt zwar noch hinzu. Der Hauptgrund ist der, daß das Auftragsverhältnis ungeeignet ist, eine Gehilfenstellung des Beauftragten herbeizuführen, wie sie doch mehr oder minder deutlich bei den vorangegangenen Vorschlägen angestrebt wurde. Beim Auftrag fehlt das Moment der Subordination. Das ist u. a. aus § 665 BGB zu schließen. Im Rahmen des Vertragszweckes kann der Beauftragte von den Weisungen des Auftraggebers abweichen. In Notfällen hat er sogar eigene Entschlüsse zu treffen. Das Gesetz verlangt nicht blindes Ausführen des übertragenen Auftrages, sondern „denkenden Gehorsam“¹³⁴⁾.

Ein mir bekanntes Werk der lederaufbereitenden Industrie in Rheinland-Pfalz schloß mit seiner Lieferfirma einen umfangreichen Vertrag, nach dem es „für“ diese Lieferfirma herstellte. Die Käuferin bezieht von der Verkäuferin laufend rohe Häute und Felle. Im einzelnen ist u. a. vereinbart: Die gelieferten Häute und Felle werden bei Eingang in der Fabrik getrennt gelagert und beschildert. Jedes einzelne Stück wird mit einer Partienummer gekennzeichnet, die auch während und nach dem Verarbeitungsprozeß erkennbar sein muß¹³⁵⁾. Die Leder

¹³²⁾ so z. B. richtig Schagen, S. 114

¹³³⁾ so etwa Schirdewahn, S. 195–196 (für den Geldkreditgeber)

¹³⁴⁾ Heck, Schuldrecht, § 119, Anm. 5, S. 355; so auch Palandt-Gramm, § 665, Anm. 1; im übrigen Enn.-Lehmann, S. 685

¹³⁵⁾ in dieser Branche möglich

werden auf dem Fertigllederlager wieder getrennt gelagert und besonders bezeichnet, insbesondere auch durch eine Kartei erfaßt. „Durch die Verarbeitung der Waren soll das Eigentum nicht auf die Käuferin übergehen.“ Die Verarbeitung erfolgt „im Auftrag“ der Verkäuferin unentgeltlich „für“ diese, „so daß sie als Herstellerin im Verkehrssinne gemäß § 950 BGB anzusehen ist, also in jedem Zeitpunkt und Grad der Verarbeitung an den Zwischen- und Enderzeugnissen Eigentum hat oder erwirbt“. Die Verkäuferin erhält jeweils am Monatsende einen schriftlichen Bericht eines in die Geschäftsbeziehung eingeschalteten Treuhänders. Bei Zahlungsverzug der Käuferin hat die Verkäuferin das Recht, von ihrem Eigentum Gebrauch zu machen, d. h. „die noch vorhandenen Waren ohne Verzicht auf irgendwelche Rechte wieder an sich zu nehmen, die sichergestellten Waren bestmöglichst zu verwerten und den Erlös zur Deckung ihrer Forderung zu verwenden. Ein eventueller Überschuß ist an die Käuferin herauszuzahlen.“ Hier verarbeitet dieser Lederaufbereitende Betrieb tatsächlich „für“ seinen Lieferanten. Der Lieferant „steuert“ während des ganzen Verarbeitungsprozesses die von ihm gelieferten Häute und Felle. Auch nach der Verarbeitung hat er jederzeit die Möglichkeit eines Zugriffs, sobald das verarbeitende Unternehmen seinen Zahlungsverpflichtungen nicht mehr nachkommt. Insofern zeigt sich der Sicherungscharakter des ganzen Vertrages. Darüber hinaus hat das Verarbeitungsunternehmen einmal im Jahr die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages durch ihre Treuhandgesellschaft nachprüfen zu lassen und dem Lieferanten das Prüfungsergebnis zugänglich zu machen. Der Lieferant ist jederzeit berechtigt, weitere Prüfungen vornehmen zu lassen.

Dieser praktische Fall ist eine Ausnahme. Seine Grundlage ist der auf die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles abgestellte Vertrag. Er eignet sich nicht zu einem allgemein gültigen Lösungsvorschlag für die Probleme der Verarbeitungsklausel.

Auch wenn die Übernahme der Verarbeitung als eines Realakts unter §§ 662 ff. BGB zu bringen ist¹³⁶⁾, kommt der Auftrag für die Zwecke der Verarbeitungsklausel nicht in Frage. Der gewünschte Erfolg, Eigentumserwerb des Auftraggebers, tritt nämlich nicht ohne weiteres ein. Das erklärt, warum dieser Vorschlag kaum noch vertreten wird.

cc) Eigene Lösung: Vertrag eigener Art:

„Hersteller-Vertrag“

Es hat sich gezeigt, daß die bisher behandelten Konstruktionen der Verarbeitungsklausel nicht oder zumindest nicht generell als Lösungen gebilligt werden können.

¹³⁶⁾ so BGH LM § 677, Nr. 2; zum Streit s. Palandt-Gramm, § 662, Anm. 3 mit Angaben

Bei allen Schwierigkeiten konstruktiver Art ist aber anerkannt, daß der Erwerb des Eigentums nach § 950 BGB „für“ einen anderen möglich ist¹³⁷⁾). Da der Eigentumserwerb des Herstellers zwingend nach § 950 BGB eintritt, muß eine Lösung beim Herstellerbegriff ansetzen.

Bereits bei Schaffung des BGB war anerkannt, daß auch derjenige als Hersteller zu behandeln ist, der herstellen läßt¹³⁸⁾). Der Vorschlag, in den jetzigen § 950 BGB nach „herstellt“ einzufügen „oder herstellen läßt“, wurde als selbstverständlich abgelehnt. Das Gesetz verlangt also keineswegs, daß nur derjenige, der unmittelbar verarbeitet, als Hersteller behandelt wird¹³⁹⁾). Auf den Willen des Verarbeiters kann es dabei nicht ankommen; entscheidend sind nur objektive Merkmale der Herstellung¹⁴⁰⁾.

Dementsprechend hat auch die Rechtsprechung anerkannt, daß der Begriff des Herstellers nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bestimmen ist¹⁴¹⁾). Den Parteien ist es also anheimgestellt, ihr gegenseitiges Rechtsverhältnis so zu gestalten, daß wirtschaftlich nicht der Fabrikant, sondern der Lieferant Hersteller ist. Wichtigstes Mittel der Rechtsgestaltung ist der Vertrag. Das ist der richtige Ansatzpunkt einer konstruktiv einfachen und haltbaren Lösung für die Verarbeitungsklausel. In der Vereinbarung, der Fabrikant verarbeite für seinen Fabrikanten im Rahmen der Verarbeitungsklausel, ist eine Vertragsabrede zu sehen, auf Grund deren der Lieferant als Hersteller gilt. Ein solcher Vertrag ist aus Gründen der Vertragsfreiheit, § 305 BGB, zulässig. Er kann und braucht auch nicht unter einen im Gesetz vorgesehenen Vertragstyp gebracht zu werden. Er handelt sich um einen Vertrag eigener Art, der lediglich den Inhalt hat: das Verhältnis zwischen Lieferant und Fabrikant soll so gestaltet sein, daß der Lieferant Hersteller i. S. des § 950 BGB ist. Ich möchte daher einen derartigen Vertrag „Hersteller-Vertrag“ nennen. Damit ist sein Inhalt zutreffend gekennzeichnet. Zugleich ist darauf hingewiesen, daß es ein Vertrag eigener Art ist. Aus diesem Grunde schien die Bezeichnung „Herstellungs-Vertrag“, da auf einen Dienst- oder Werkvertrag hindeutend, unpassend.

Gegen Lösungen auf Vertragsbasis wird häufig eingewandt, sie seien nur Teillösungen, da sie versagen müßten, wenn der Vertrag aus irgendwelchen Gründen nichtig sei. Im Grunde ist dieser Hinweis richtig. M. E. verdient er aber nicht

¹³⁷⁾ z. B. Staudinger-Berg, § 950, Anm. 15; Erman-Hefermehl, § 950, Anm. 3 b; Westermann, SR, S. 258–260; BGH NJW 1952, 662; Wolff-Raiser, S. 272–273 mit weiteren Nachweisen in Anm. 15

¹³⁸⁾ Prot. III, S. 242–243

¹³⁹⁾ Staudinger-Berg, § 950, Anm. 13 u. 15; Rümelin, AcP 93, 283; Käfer, S. 38; RGSt. 55, 50; RG JW 1918, 567

¹⁴⁰⁾ Rümelin, AcP 93, 284; Erman-Hefermehl, § 950, Anm. 3 b; Neubeck, NJW 1959, 581; a. A. wohl RGRK, § 950, Anm. 2; RGZ 161, 113. Auch Westermann, S. 259, lehnt zutreffend das Willensmoment in § 950 BGB ab. Sein Abstellen auf die Rolle des verarbeitenden Betriebes im Wirtschaftsablauf wird aber dem berechtigten Sicherungsbedürfnis des Warenlieferanten nicht gerecht. Kritisch auch Schultze-v. Lasaulx, AcP 151, 457–458; wie Westermann jedoch Fischer, S. 88

¹⁴¹⁾ vgl. OLG (KG) 26, 60; OLG (Hamburg) 34, 184 = SA 71, Nr. 255; RGZ 138, 88; 161, 113; OGH JR 1950, 473–474; BGHZ 14, 117; 20, 163–164; OLG Frankfurt MDR 1959, 578

das ihm gemeinhin beigelegte Gewicht. In der Mehrzahl der Fälle wird dann nämlich auch der zugrundeliegende Vertrag nichtig sein. Dann aber bleibt auch die Nichtigkeit der Sicherungsabrede ohne Folge: die zu sichernde Kaufpreisforderung besteht ebenfalls nicht. Die Vermögensverschiebungen werden durch §§ 812 ff. BGB korrigiert; eine Sicherung dieses Anspruchs kommt nicht in Betracht¹⁴²⁾. Im Lichte dieser Kritik kann die Auffassung vom „Hersteller-Vertrag“ ohne weiteres dahin geändert werden: grundsätzlich ist ein solcher Vertrag in der Abrede „Verarbeitung für den Lieferanten“ zu sehen. Sollte der Vertrag ausnahmsweise nichtig sein und dennoch ein Sicherungsbedürfnis bestehen, kommt es auf die Lage des Einzelfalles an. Bei ihrer Beurteilung sind alle Umstände heranzuziehen und einmal zu beachten, was die Parteien angestrebt haben, zum andern, daß der Vertrag nicht das alleinige Mittel der Rechtsgestaltung ist. So wird man in den weitaus meisten dieser „pathologischen“ Fälle zum gleichen Ergebnis kommen.

Der Grundgedanke der Lösung mit dem „Hersteller-Vertrag“ ist keineswegs neu. Das ist auch nicht zu fordern, da es sich lediglich um die Konstruktion einer anerkannten Rechtserscheinung, der Verarbeitung „für“ einen anderen handelt. Man ist sich weitgehend einig, daß zwischen Lieferant und Fabrikant ein Vertrag abgeschlossen werden kann, der den Eigentumserwerb des Lieferanten bezweckt. Aber über die rechtliche Wertung derartiger Vereinbarungen bestehen, wie sich gezeigt hat, erhebliche Differenzen. Am nächsten ist wohl der hier vorgeschlagenen Lösung Peters in der 1. Auflage des Kommentars von Erman (§ 950 BGB, Anm. 8) gekommen. Er stellt dem in § 950 BGB vorgesehenen „Hersteller kraft Gesetzes“ den „Hersteller kraft Parteiwillens“ gegenüber. Diese Terminologie ist m. E. sehr geschickt und läßt sich ohne weiteres auch innerhalb des „Herstellervertrages“ verwenden. Aber der Weg von Peters ist anders. Ausgehend davon, daß jeder über seine Arbeit verfügen könne, kommt er dazu, die Verfügung über die Arbeit selbst als Anlaß dafür zu sehen, daß ein „Hersteller kraft Parteiwillens“ in § 950 BGB eintrete. Letztlich läuft sein Konstruktionsvorschlag auf Dienst- oder Werkvertrag hinaus. Er erkennt das selbst an, indem er die rechtliche Qualifikation seines Vorschlags unter Dienst- oder Werkvertrag als „unerheblich“ bezeichnet. Peters verlangt einen „wirksamen Vertrag über die Arbeitsleistung“. Auch darin unterscheidet sich seine Konstruktion von der hier vertretenen. Der Herstellervertrag ist nicht etwa eine Umgehung des § 950 BGB. Er basiert im Gegenteil gerade auf dieser Vorschrift. Wer Hersteller ist, wird Eigentümer. Das ist zwingend vom Gesetz vorgeschrieben. Aber der Herstellerbegriff ist Parteivereinbarungen zugänglich; er ist insoweit „dispositiv“¹⁴³⁾.

¹⁴²⁾ zum ähnlich gelagerten Fall der durch Hypothek gesicherten Forderung vgl. Wolff-Raiser, S. 539, Anm. 14, und Westermann, S. 451, jeweils mit Angaben

¹⁴³⁾ vgl. auch Hochgürtel, S. 117, 121, 136; Staudinger-Berg, § 950, Anm. 15 mit Nachweisen; Brandes, S. 7; Schirdewahn, S. 193, 195; Rühl, S. 137–138
kritisch Plemper, S. 31; unzutreffend insoweit Jacusiel, S. 26–27; Laufke, S. 72

Die Konstruktion der Verarbeitungsklausel über den „Herstellervertrag“ ist einfach und zugleich wirkungsvoll. Mit der Vereinbarung, daß der Fabrikant „für“ den Lieferanten herstelle, ist der Herstellervertrag abgeschlossen. Es bedarf keiner weiteren Erklärung. Auf Grund des Vertrages tritt die Rechtsfolge ein, die angestrebt wird: der Lieferant wird direkt Eigentümer auf Grund des § 950 BGB. Seine Interessen sind insofern bereits vor und während der Verarbeitung durch den Fabrikanten gewahrt, als eine Willensänderung seitens des Fabrikanten für den Eigentumserwerb des Lieferanten auf Grund der durch den Herstellervertrag geschaffenen Rechtslage grundsätzlich ohne Belang ist.

Man kann dem „Herstellervertrag“, zum Unterschied von den anderen vorgeschlagenen Konstruktionen, nicht den Vorwurf mangelnder Ernstlichkeit machen. Auch verfängt nicht die Behauptung, er entspräche nicht den Rechtstatsachen, oder er sei gar vertraglich nicht zu begründende Fiktion¹⁴⁴⁾. Die Parteien wollen, daß sich die Sicherung des Lieferanten auf das von ihm ohne weiteres bei Verarbeitung zu erwerbende Eigentum an der neuen Sache verlängert, wenn sie die Verarbeitungsklausel aufnehmen. Der „Herstellervertrag“ entspricht einem derartigen Parteiwillen. Nicht erforderlich ist, daß sich die Parteien darüber im klaren sind, daß sie mit der Verarbeitungsklausel einen solchen Vertrag schließen. Sein Abschluß ist meist den Umständen zu entnehmen. Der Abschlußwille der Parteien kommt in der Vereinbarung der Verarbeitungsklausel zum Ausdruck. Somit handelt es sich hierbei nicht um eine Fiktion, sondern der „Herstellervertrag“ und die durch ihn herbeigeführte Rechtslage ist lediglich der rechtlich-konstruktive Hintergrund der Vereinbarung der Verarbeitungsklausel im kaufmännischen Geschäftsleben.

Ein praktisch wichtiger Vorteil dieser Lösung ist auch der, daß den Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen ein weiter Spielraum gelassen werden kann. In allen Fällen, in denen genügend deutlich zum Ausdruck kommt, die Verarbeitung solle „für“ den Lieferanten stattfinden, oder er solle Eigentümer auch der verarbeiteten Ware sein, oder seine Sicherung erstrecke sich auch auf das neue Produkt, oder bei ähnlichen Vereinbarungen ist Raum für den „Herstellervertrag“.

5. Rechtsfolgen der Verarbeitungsklausel

Das mit der Verarbeitungsklausel erstrebte Ziel ist das Eintreten des auf Grund des § 950 BGB entstandenen neuen Eigentums in die Sicherung des VBV. Durch § 950 BGB ist das alte Eigentum untergegangen. An seine Stelle trat als Sicherung das Eigentum an der neuen Sache. Bisher wurde der rechtstechnische Weg

¹⁴⁴⁾ wie Schagen, S. 104–105 in ähnlichem Zusammenhang sagt; s. auch Käfer, S. 39–40

aufgezeigt, der dazu führt, daß dieses neue Eigentum nunmehr unmittelbar bei dem VBV entsteht. Im folgenden sind die Probleme zu behandeln, die sich mit dem Eigentumserwerb auf seiten des Lieferanten ergeben.

a) Ablehnung der Surrogation

Geht man davon aus, daß an die Stelle des verarbeiteten Stoffes die neue Sache tritt, liegt die Annahme nahe, das Eigentum an dem Verarbeitungsprodukt stehe nach dem Prinzip der Surrogation dem Lieferanten zu. In der Diskussion um die Verarbeitungsklausel klingt dieser Gedanke immer wieder an. Aus zwei Gründen ist die Surrogation bei der Verarbeitungsklausel abzulehnen.

aa) Für die Anwendung des Surrogationsprinzips spricht die Überlegung, gemäß der Vertragsfreiheit müsse es den Parteien unbenommen sein, das neu entstehende Eigentum kraft vertraglicher Vereinbarung als Surrogat auf den VBV übergehen zu lassen. Diese Überlegung ist nur dann richtig, wenn das Gesetz überhaupt ein allgemeines Surrogationsprinzip kennt. Das BGB sieht in verschiedenen Fällen die Surrogation vor, z. B. beim Gesellschaftsvermögen, § 718, II; bei der Hausratsersatzbeschaffung, § 1370; beim Vorbehaltsgut, §§ 1418 I Ziffer 3 und 1486; beim Gesamtgut, § 1473; beim Kindesvermögen, § 1646; bei der Erbschaft, § 2019; bei dem Vermögen der Miterbengemeinschaft, § 2041; bei der Nacherbschaft, § 2111; beim Erbschafts Kauf, § 2374. Aus diesen Vorschriften kann lediglich der Schluß gezogen werden, das Gesetz sehe bei Sondervermögen die Surrogation vor, um den wirtschaftlichen Wert der Sondervermögen zu erhalten. Daraus ist bereits zu ersehen, daß es sich um Sondervorschriften handelt. Das muß in Übereinstimmung mit der h. M. zur Feststellung führen, daß das BGB kein allgemeines Prinzip der Surrogation kennt¹⁴⁵⁾.

Bei Sondervermögen ist der EV unzulässig. Er kann sich jeweils nur auf bestimmte bewegliche Sachen beziehen. Bei beweglichen Sachen aber sieht das Gesetz die Surrogation als allgemeinen Erwerbsgrund nicht vor. Daher bedeutet die im Rahmen der Verarbeitungsklausel vertraglich vereinbarte Surrogation die Schaffung einer ungesetzlichen Eigentumserwerbsmöglichkeit. Wegen Verstoßes gegen den numerus clausus im Sachenrecht sind solche Abreden hinfällig¹⁴⁶⁾.

bb) Darüber hinaus liegt die Voraussetzung der Surrogation nicht vor. Die durch die Verarbeitung entstehende neue Sache tritt zwar – wirtschaftlich gesehen – an die Stelle des verarbeiteten Stoffes. Rechtlich aber besteht

¹⁴⁵⁾ z. B. RGZ 70, 233; 94, 23–24, 308; 105, 87–88; Jacusiel, S. 82; v. Tuhr I, 334–335; Enn.-Nipperdey, 1. Halbb., S. 561 mit Anm. 6, 7

¹⁴⁶⁾ so oder ähnlich Rühl, S. 42–43; Brückner, S. 23–25; Haas, S. 67; Schagen, S. 49; s. im übrigen auch Beyer, insbes. S. 336–338

keinerlei Zusammenhang¹⁴⁷⁾. Das wird in § 950 BGB vorausgesetzt. Brückner (S. 26) weist zutreffend darauf hin, daß andernfalls § 951 BGB überflüssig wäre.

Der VBV erwirbt somit nicht auf dem Wege der Surrogation Eigentum. Das Eigentum an der neuen Sache entsteht vielmehr in seiner Person direkt, weil die Parteien durch die Vereinbarung der Verarbeitungsklausel die gesetzlichen Voraussetzungen des § 950 BGB auf Seiten des Lieferanten geschaffen haben. Auch hier zeigt sich der Vorteil des „Herstellervertrages“: unter bewußter Ausnutzung des zwingenden Charakters des § 950 BGB wird durch Parteiabrede der Lieferant zum Hersteller – und damit zum Eigentümer der neuen Sache.

b) Aufschiebend bedingtes Eigentum des Vorbehaltskäufers

Nachdem nun der VBV nach § 950 BGB Eigentümer der neuen Sachen geworden ist, erhebt sich die Frage nach der Ausgestaltung der Rechtslage im einzelnen. Vor der Verarbeitung war der VBV Eigentümer des verarbeiteten Stoffes. Der VBK hatte ein Anwartschaftsrecht aus der aufschiebend bedingten Übereignung, §§ 455, 929, 158, I BGB. Durch die Verarbeitung ist der alte Stoff untergegangen. Eigentum und Anwartschaftsrecht bestehen somit nicht mehr. Das neu entstandene Eigentum an der neuen Sache steht – wegen der Verarbeitungsklausel – dem VBV zu. Ein Anwartschaftsrecht des VBK ist nicht ohne weiteres anzunehmen¹⁴⁸⁾.

Der allen EV-Geschäften gemeinsame Hintergrund ist der Sicherungszweck. Ihm war Genüge getan vor der Verarbeitung. Die Rechtslage, wie sie sich lediglich auf Grund des § 950 BGB darstellt, entspricht nicht dem Sicherungszweck. Der VBV soll zwar Eigentum zu seiner Sicherung erhalten, aber nur im gleichen Maße, wie er bereits vor der Verarbeitung durch das Eigentum gesichert war. Seine Sicherung soll lediglich verlängert, nicht aber verstärkt werden. Dagegen soll auf der anderen Seite die Verarbeitung nicht zu einer Entrechtung des VBK führen. Das Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung stand ihm an der verarbeiteten Sache zu; es soll ihm nun auch an der neuen Sache zustehen. Nur das entspricht dem Sinn und Zweck des EV-Geschäfts, und nur so kann dem Parteiwillen entsprochen werden. Dazu bedarf es aber einer besonderen Begründung¹⁴⁹⁾. Flume (S. 844) gibt das dem Parteiwillen gemäße Ergebnis wieder, wenn er sagt, die Vereinbarung der Verarbeitungsklausel habe

¹⁴⁷⁾ Deshalb darf in diesem Zusammenhang nur – untechnisch – von „wirtschaftlicher Surrogation“ gesprochen werden; bedenklich daher z. B. Haas, S. 15, 47, 48; richtig Hochgürtel, S. 24, 26. Doch kann, entgegen Hochgürtel, S. 24, der vEV diesem wirtschaftlichen Zusammenhang keine rechtliche Bedeutung verleihen

¹⁴⁸⁾ so auch Rühl, S. 138; Schaftejew, IHK, S. 114

¹⁴⁹⁾ Das ist kein „offensichtlicher, aber ungefährlicher Doktrinarismus“, wie Flume, NJW 1950, 844, meint. Das bestätigt Flume selbst, indem er sofort anschließend die Entstehung des Anwartschaftsrechtes beim VBK konstruktiv begründet

„natürlich den Sinn, daß der VBV auch an der neuen Sache nur Vorbehalts-
eigentum erwirbt, d. h., daß das Eigentum unter der aufschiebenden Bedingung
vollständiger Bezahlung auf den VBK übertragen wird“.

Die Vereinbarung der Verarbeitungsklausel enthält alle Willenserklärungen,
die zur Erreichung des angestrebten Zieles erforderlich sind. Bezüglich der
Eigentumsübertragung zeigte sich bereits die aufschiebend bedingte Einigung.
Sie bezog sich auf die EV-Ware. Gleichzeitig wird aber noch eine weitere be-
dingte Einigung geschlossen: unter der Rechtsbedingung¹⁵⁰⁾ des durch Verarbei-
tung erfolgten Entstehens einer neuen Sache soll diese neue Sache, die kraft
des „Herstellervertrages“ gemäß § 950 BGB im Eigentum des VBV steht, dem
VBK aufschiebend bedingt durch vollständige Bezahlung des Kaufpreises über-
eignet werden. Der VBK als Erwerber ist mit Entstehung der neuen Sache ihr
unmittelbarer Besitzer. Nach § 929 Satz 2 BGB genügt in diesem Fall die Eini-
gung über den Übergang des Eigentums. Die – erst nach der Verarbeitung
wirksam werdende – aufschiebend bedingte Einigung ist ein Teil der Ver-
arbeitungsklausel. Auch hier wird man wieder verlangen müssen, daß die Par-
teien in diesem Moment noch einig sind. Für die Fortdauer der Einigung spricht
die Vermutung. Flume (S. 844) geht in diesem Punkte m. E. zu weit, wenn er vor-
trägt, der VBV könne von dieser Einigung nicht abgehen. Ein Grund dafür ist
nicht ersichtlich. Zudem sind Fälle denkbar – z. B. die EV-Ware befindet sich im
Augenblick der Konkurseröffnung innerhalb einer „Verarbeitungsstufe“, die
erst nach Konkurseröffnung endet –, in denen ein Festhalten des VBV an der
einmal vollzogenen Einigung nicht gefordert werden kann. Geht der VBV
somit nicht in einer dem VBK erkennbaren Weise von seinem Eigentumsübertra-
gungswillen bezüglich der neuen Sache ab, gilt die in der Verarbeitungsklausel
liegende Einigung als fortbestehend. Das hat zur Folge, daß der VBV zwar
Eigentümer der neuen Sache wird, aber der VBK daraufhin aufschiebend be-
dingtes Eigentum erwirbt¹⁵¹⁾. Die Rechtslage wurde also von der EV-Ware auf
die durch die Verarbeitung entstehende neue Sache transponiert. Der VBV ist
Eigentümer und damit gesichert; der VBK hat das Anwartschaftsrecht. Zahlt er
die letzte Rate, geht das Eigentum an der neuen Sache ohne weiteres auf ihn
über, § 158, I BGB.

c) Miteigentum des Vorbehaltskäufers und Vorbehalts- verkäufers

Dennoch kann das Ergebnis noch nicht befriedigen. Es ist, gemessen an dem
Sicherungsgedanken, noch zu grob. Der VBV kann nur Sicherheit verlangen in

¹⁵⁰⁾ hierzu Enn.-Nipperdey, 2. Halbb., S. 840. Der Fall RGZ 85, 333, in dem das RG die zu-
künftige Entstehung von Aktien als echte aufschiebende Bedingung der Übereignung der
Aktienurkunden ansah, ist anders gelagert

¹⁵¹⁾ So oder ähnlich Schafefjew, IHK, S. 114; Flume, NJW 1950, 844; Sommer, D I; wohl auch
Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 27 a

Höhe des Wertes seiner Ware¹⁵²). Vor der Verarbeitung, beim einfachen EV, ergab sich hieraus keine Schwierigkeit. Durch die Verarbeitung wird aber im Regelfall eine Werterhöhung erreicht. Dem ist zunächst nachzugehen.

aa) Wertsteigerung durch Verarbeitung

Der Wert der Verarbeitung spielte im Rahmen dieser Untersuchung schon einmal eine Rolle, und zwar bei den Rechtswirkungen der Verarbeitung. Hier liegt das Problem insofern anders, als nun der Eintritt der Rechtsfolgen des § 950 BGB bereits vorausgesetzt ist. Im Grundsatz aber ist die Frage die gleiche: Vorausgesetzt, daß eine Wertsteigerung durch die Verarbeitung erzielt wird, wie läßt sie sich dann feststellen? Die Aussage der h. M., vom Wert der neuen Sache sei der Wert der verarbeiteten Stoffe abzuziehen, ist im Prinzip richtig. Jedoch besagt sie nichts darüber, wie die beiden Ausgangswerte festzulegen oder zu bestimmen sind. Über diese Frage kann nur die Betriebswirtschaftslehre Auskunft geben.

Für die Berechnung der Wertsteigerung bei der Verarbeitung ist jeweils auf den Einzelfall und seine Besonderheiten abzustellen. Sie alle finden ihren Niederschlag in der Kostenrechnung der verarbeitenden Unternehmung. Hier ist also lediglich der Aufbau der Kalkulation in einem Industriebetrieb von Interesse. Zu seiner Veranschaulichung diene das folgende Grundschemata¹⁵³), nach dem in Anlehnung an das Kalkulationsschema des RKW eine Zuschlagskalkulation durchgeführt wird. Zu berechnen ist der endgültige Verkaufspreis eines Fertigerzeugnisses, für das DM 500,— Fertigungsmaterial und DM 800,— Fertigungslöhne aufgewandt worden sind; die Zuschlagssätze sind auf Grund des Betriebsabrechnungsbogens festgelegt.

A. Materialkosten	DM 500,—	
Materialgemeinkosten (24 %)	DM 120,—	DM 620,—
B. Fertigungskosten		
Fertigungslöhne	DM 800,—	
Fertigungsgemeinkosten (146 % der Fertigungslöhne)	DM 1168,—	DM 1968,—
C. Herstellkosten		DM 2588,—
Verwaltungsgemeinkosten (19,16 % der Herstellkosten)	DM 495,86	
Vertriebsgemeinkosten (7,47 % der Herstellkosten)	DM 193,32	DM 689,18

¹⁵²) Flume, NJW 1950, 845; ders., AcP 154, 565; Sommer, D J; Hochgürtel, S. 21, 28–29, 123; Jäger-Lent, § 43, Anm. 37 h; LG Braunschweig MDR 1950, 738; im Ergebnis auch Staudinger-Berg, § 950, Anm. 15

¹⁵³) Quelle: Fritsch, Alfred (Herausg.), Kaufmännische Betriebslehre, Wuppertal-Barmen 1957, S. 366–367

D. Selbstkostenpreis	DM 3277,18
Gewinn 10 %	DM 327,72
E. Vorläufiger Verkaufspreis	DM 3604,90
Umsatzsteuer 4 % (i. H.)	DM 150,20
F. Endgültiger Verkaufspreis	DM 3755,10

Das ist die Grundlage¹⁵⁴⁾ des „Subtraktionsverfahrens“ zur Bestimmung des Wertes der Verarbeitung. Es leuchtet ein, daß damit gleichzeitig auch die Wertsteigerung durch die Verarbeitung gefunden ist. Innerhalb der vorliegenden Arbeit interessieren nur zwei Werte: der Anfangs- und der Endwert der Kalkulation. Die tatsächliche Ausgabe für den der Verarbeitung zugrunde liegenden Stoff, der reine Materialpreis, ist der Ausgangswert. Normalerweise wird er bei der Behandlung der Verarbeitungsklausel als „Stoffwert“ oder „Wert der alten Sache“ bezeichnet. Auf der anderen Seite steht der endgültige Verkaufspreis, wobei vorausgesetzt wird, daß er sich am Markt erzielen läßt. Wenn keine Rabatte oder sonstige Vergünstigungen gewährt werden, wird der VBK den in der Kalkulation errechneten endgültigen Verkaufspreis erzielen. Soviel ist also das Verarbeitungsprodukt für ihn „wert“. Diese Größe wird üblicherweise mit „Wert der neuen Sache“ bezeichnet. Subtrahiert man von dem endgültigen Verkaufspreis den reinen Materialpreis, so erhält man den „Wert der Verarbeitung“ oder auch die durch die Verarbeitung erzielte Wertsteigerung¹⁵⁵⁾. Diese Wertsteigerung mag im einzelnen Falle absolut und relativ sehr verschieden sein; am Grundsatz ändert das jedoch nichts.

bb) Die Folgen hieraus

Die Rechtsfolgen der Verarbeitungsklausel können die Tatsache der bisweilen sehr starken Wertsteigerung nicht unberücksichtigt lassen. Würde man im obigen Beispiel dem VBV auch das Eigentum an der neuen Sache in vollem Umfang zusprechen, hätte er für eine Kaufpreisforderung von DM 500,— eine Eigentums-Sicherung in Höhe eines Wertes von DM 3755,10. Das kann nicht gebilligt werden. Die uneinheitlichen Lösungsversuche kann man auf drei Vorschläge zurückführen:

1. Der VBV soll Alleineigentum erhalten, jedoch schuldrechtlich gebunden sein, sich nur bis zur Höhe des von ihm gelieferten Stoffwertes zu befriedigen¹⁵⁶⁾.
2. Dem Alleineigentum des VBV soll ein Zurückbehaltungsrecht des VBK in Höhe der durch die Verarbeitung erzielten Wertsteigerung gegenüberstehen.

¹⁵⁴⁾ Auf Schwierigkeiten im einzelnen bei der Kalkulation ist hier nicht einzugehen; hierzu vgl. die umfangreiche betriebswirtschaftliche Literatur zum industriellen Rechnungswesen und zur Industriekalkulation

¹⁵⁵⁾ Nach dem vorherigen Beispiel: DM 3755,10 ./. DM 500,— = 3255,10

¹⁵⁶⁾ z. B. Staudinger-Berg, § 950, Anm. 15; Kurtenbach, S. 82

3. Zwischen VBV und VBK entsteht Miteigentum an der neuen Sache im Verhältnis von Stoffwert und Verarbeitungswert¹⁵⁷). Den beiden erstgenannten Lösungsmöglichkeiten ist gemeinsam, daß sie das grundsätzlich aufrechterhaltende Volleigentum des VBV zu korrigieren suchen für den Fall, daß der VBV Gebrauch von seiner Sicherung macht. Im Endergebnis mag dies in der Mehrzahl der Fälle ausreichen. Dennoch halte ich beide Vorschläge für unbrauchbar. Dies aus drei Gründen:

aaa) Beide Wege sind nicht zu vereinbaren mit dem berechtigten und grundsätzlich anerkannten Verbot der Übersicherung¹⁵⁸). Das Zurückbehaltungsrecht und insbesondere die schuldrechtliche Verpflichtung des VBV zur Begrenzung seines Rechts sind gegenüber dem Volleigentum des VBV keine hinreichend wirksamen „Gegenrechte“. Beide Wege bevorzugen den VBV zu stark auf Kosten der Rechtsstellung des VBK.

bbb) Wie Flume (S. 844) richtig betont, stammt die Wertsteigerung durch die Verarbeitung aus dem Vermögen des VBK. Der VBV hat lediglich etwa den Rohstoff geliefert. Die Wertsteigerung ist dem VBK zuzurechnen.

Wird sie dem VBV zugesprochen, ist darin ein Verstoß gegen die par conditio creditorum zu sehen, insbesondere den in § 61 Ziff. 1 KO genannten Gläubigern muß der Verarbeitungswert erhalten bleiben¹⁵⁹).

ccc) Sie widersprechen dem Sinn und Zweck des EV. Das Wesen des vEV ist dem des einfachen EV gleichzustellen: Die Kaufpreissicherung wird durch Eigentum gesichert. Der einfache EV bedeutet Volleigentum bei dem VBV, „vermindert“ um das Anwartschaftsrecht des VBK. Damit ist aber zugleich die Grenze der EV-Sicherung gegeben: Vorbehalt des Eigentums zur Sicherung in Höhe des Wertes der Kaufpreisforderung. Dem VBV fehlt hiernach die Legitimation zur Inanspruchnahme der durch die Verarbeitung herbeigeführten Wertsteigerung¹⁶⁰). Insofern steht eine Übersicherung mit dem Wesen des EV in Widerspruch¹⁶¹).

Aus der Widerlegung der beiden ersten Wege folgt, daß nur die Konstruktion des Miteigentums von VBV und VBK an der neuen Sache im Verhältnis von Stoffwert und Verarbeitungswert mit dem Wesen der EV-Sicherung zu vereinbaren ist. Insoweit ist Staudinger-Berg (§ 950, Anm. 15) zu widersprechen.

¹⁵⁷) vgl. Flume, NJW 1950, 845, der jedoch über die dispositive Natur des § 950 BGB zu diesem Problem kommt; das Problem stellt sich aber unabhängig von der Rechtsnatur des § 950 BGB; s. auch Schlegelberger-Hefermehl, Anhang zu § 368, Anm. 22; Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 27 a; LG Braunschweig, MDR 1950, 738; ablehnend z. B. v. Wehner, S. 74–75

¹⁵⁸) Bei Anerkennung des Prinzips wird dennoch eine etwa 20–25 %ige Übersicherung nicht nach § 138 BGB zu beurteilen sein; BGHZ 7, 370–371; neuerdings OLG Stuttgart, NJW 1958, 1875–1876

¹⁵⁹) Flume, NJW 1950, 844–845; v. Wehner, S. 74; Hochgürtel, S. 124

¹⁶⁰) Flume, NJW 1950, 844; Ludewig, DB 1951, 590

¹⁶¹) Hier berühren sich die Argumente ccc) und aaa)

Sie halten dieses Ergebnis zwar für erstrebenswert, aber glauben, es sei nur kraft besonderer Parteivereinbarung herbeizuführen. Einer besonderen Parteivereinbarung bedürfte es jedoch nur dann, wenn die Entstehung von Miteigentum nicht dem Sinn und Zweck des Geschäftes entspräche und nicht vom Parteiwillen getragen wäre.

Bei Würdigung des Wesens der EV-Sicherung muß man zum Ergebnis kommen, daß Verarbeitungsklauseln, die nicht auf den Stoffwert beschränkt sind, dahin auszulegen sind, daß Eigentum nur in Höhe des Stoffwertes bei dem VBV entstehen kann und soll; in Höhe des Verarbeitungswertes soll der VBK Miteigentümer werden¹⁶²). Ich teile nicht die Bedenken Flumes (NJW 1950, 845), die These vom Miteigentum könne als „zu kühn“ erscheinen. Im Gegenteil halte ich sie allein für die Lösung, welche den Parteibeziehungen angemessen ist. Die Rechtslage gestaltet sich demnach bei der Verarbeitungsklausel so: Mit Entstehen der neuen Sache erwirbt der VBV unmittelbar Eigentum an ihr in Höhe des Stoffwertes, eine Anwartschaft insoweit steht dem VBK zu; in Höhe des Verarbeitungswertes wird der VBK Eigentümer.

Miteigentum in Höhe eines Wertes ist zulässig. Westermann¹⁶³ vertritt zwar die Ansicht, die Begrenzung des Eigentums des VBK auf den Wert seiner Ware sei „mit dem Bestimmtheitsgrundsatz des Sachenrechts kaum in Einklang zu bringen“. Diese Ansicht ist nicht zwingend; ihr sind zwei Überlegungen entgegenzuhalten.

aaa) Westermann betont zu Recht (Sachenrecht, S. 15), daß die Zuordnung eines Wertes ausgeschlossen sei. Er unterliegt aber selbst der „Spannung von wirtschaftlicher Wertbetrachtung und der zwingenden Bezogenheit der Zuordnungsgeschäfte auf bestimmte Gegenstände“, wenn er anschließend feststellt, bei der Zuordnung müßten die Gegenstände als körperliche Sachen bestimmt bezeichnet sein, nicht aber sei es möglich, Waren im Umfang eines bestimmten Wertes zu übereignen. Westermann trennt dabei nicht genügend scharf zwischen Übereignung und Eigentum. Die Übereignung bezieht sich auch hier auf eine bestimmte bewegliche Sache: das Verarbeitungsprodukt. Diese Sache ist Gegenstand der Verfügung. Erst jetzt tritt der „Wert“ in Erscheinung und begrenzt nach dem Willen der Parteien den Umfang des Eigentums. Wertmäßig beschränkt ist also nur das Eigentum, nicht aber die Übereignung. Die Übereignung als zuordnendes Geschäft knüpft lediglich an den Gegenstand als Rechtsobjekt an¹⁶⁴).

¹⁶²) Anders Staudinger-Berg, § 950, Anm. 15 und Flume, NJW 1950, 845, die im Zweifel Alleineigentum mit beschränktem Verwertungsrecht annehmen wollen

¹⁶³) Sachenrecht, S. 260; Interessenskoll., S. 14, 16, 18; s. aber auch Schirdewahn, S. 180–181

¹⁶⁴) Westermann, S. 209 (unten)

bbb) Es ist nicht einzusehen, warum bei der Verarbeitungsklausel eine Begrenzung des Miteigentums in Höhe des Materialwertes unmöglich sein soll, entsprechend der Regelung des § 947 BGB¹⁶⁵). Bei Besprechung des § 947 BGB sagt Westermann (S. 252) selbst: Das Wertverhältnis der zusammengesetzten Sachen bestimmt die Miteigentumsanteile.

Das LG Braunschweig (MDR 1950, 738–740) hatte einen Fall zu entscheiden, in dem eine Blechwarenfabrik einer Konservenfabrik Dosen geliefert hatte. Zur Erläuterung der verabredeten Verarbeitungsklausel war noch vereinbart: „Im Falle der Be- oder Verarbeitung der von uns gelieferten Waren durch den Käufer werden wir nach dem Verkaufswert unserer Ware Miteigentümer.“ Die Inhaberin der Blechwarenfabrik begehrte die Feststellung, sie sei Miteigentümerin der mit ihren Dosen hergestellten Konserven, „und zwar im Verhältnis des Verkaufswertes der Dosen zum Verkaufswert der Gesamtkonserven im Zeitpunkt der Herstellung der Konserven“. Das LG hat der Klage in sorgfältig begründeter Entscheidung stattgegeben. Somit ist festzustellen:

Bei Verarbeitung von Waren, bezüglich deren die Verarbeitungsklausel vereinbart worden ist, entsteht Miteigentum zwischen VBV und VBK im Verhältnis von Stoffwert und Verarbeitungswert. Nur diese Lösung läßt sich mit dem Wesen der Verlängerung der EV-Sicherung in Form der Verarbeitungsklausel vereinbaren.

cc) Kritik des Wertbegriffs

An dieser Stelle der Arbeit ist auf eine meist völlig übersehene Schwierigkeit hinzuweisen. Immer wieder wird – insbesondere im Zusammenhang mit § 947 BGB – im Anschluß an das Gesetz in Kommentaren und sonstigen Äußerungen juristischer Natur schlechthin von Miteigentum nach dem Wert gesprochen. Bisweilen wird zudem noch behauptet, der Wert sei eine objektive Größe¹⁶⁶). Das ist in dieser Form unzutreffend.

Der Wert als Begriff ist eine allgemeine, in allen Lebensbereichen bedeutsame Erscheinung. Insbesondere aber die Wirtschaftswissenschaft hat sich mit Werten, Wert-Vergleichen und Bewertungsfragen zu befassen. Der Wertbestimmung bei der Verarbeitungsklausel sind in erster Linie betriebswirtschaftliche Gedankengänge zugrunde zu legen. Die Fragwürdigkeit des Wertbegriffs, speziell in der Betriebswirtschaftslehre, aber auch mit Gültigkeit darüber hinaus, wurde von Wittmann¹⁶⁷) deutlich herausgestellt. Nach Behandlung aller

¹⁶⁵) Vgl. Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 27 a mit Nachweisen. Im übrigen ist die wertmäßige Begrenzung des Miteigentums auch im Rahmen des § 1247 BGB anerkannt (wenn der Pfanderlös die Pfandforderung übersteigt); hierzu s. Mot. III, 833–834; RGRK, § 1247, Anm. 1 a; Erman-Ronke, § 1247, Anm. 1; Palandt-Hoche, § 1247, Anm. 1; Westermann, S. 632; Wolff-Raiser, S. 698–699; RGZ 63, 17–18.

¹⁶⁶) z. B. Hochgürtel, S. 58 und 59 bezeichnet den Wert als eine jederzeit „objektiv feststellbare Verhältniszahl“.

¹⁶⁷) Wittmann, insbesondere S. 103–104.

in der Betriebswirtschaftslehre verwendeter „Werte“ kommt er (S. 103) zum Ergebnis, daß sich alle Werte als Geldgrößen nachweisen lassen, „wobei sich ihre Verkleidung als ‚Werte‘ weder als zutreffend, noch als nützlich erwiesen hat“.

Es gibt eine Unzahl von „Werten“. Sie alle sind mehr oder minder subjektiv beeinflußt¹⁶⁸⁾. Es ist daher m. E. unrichtig, von Wert als einer objektiven Größe zu sprechen. Der Wertbegriff kann nur insoweit „verobjektiviert“ werden, als er aus der subjektiv bestehenden Wertschätzung des einzelnen in den am Markt erzielten oder erzielbaren Preis transponiert wird. Damit wird er aber wieder zur „Geldgröße“¹⁶⁹⁾. Schmidt formuliert¹⁷⁰⁾ diesen Zusammenhang dahingehend: „Objektiver Preis und Wert haben immer die Tendenz, einander gleich zu sein. Der Preis ist der bezahlte Wert und der Wert der geschätzte Preis.“

dd) Der „Rechnungswert“ als Grundlage

Unter Berücksichtigung dieser Schwierigkeiten ist die generalisierende Bezugnahme auf das Verhältnis des Stoffwertes zum Verarbeitungswert zur Festlegung der Anteile beim Miteigentum zumindest unscharf. Sie stellt sich jedoch bei Beachtung des Parteiwillens als unschädlich heraus.

Ausgangspunkt ist die zu sichernde Kaufpreisforderung. Ihre Höhe ist eindeutig bestimmt. Dabei kommt es in diesem Zusammenhang nicht auf die ursprünglich vereinbarte Höhe des Kaufpreises, sondern nur darauf an, was nach Abzug sämtlicher Nachlässe effektiv vom VBK an den VBV zu zahlen ist. An diesem Betrag hat sich der „Wert“ der EV-Ware zu orientieren. Sie verkörpert für den VBV nur den Wert, wie er sich aus dem tatsächlich erzielten Preis in der Geldeinheit als Berechnungsgröße ergibt. Ohne Belang ist es, ob die Ware in dem konkreten Rechtsgeschäft zwischen VBV und VBK „unter oder über Wert“ abging. Auf der anderen Seite ist objektiver Maßstab der Wertberechnung für VBK ebenfalls wieder nur der Betrag, den er dem VBV als „Gegenwert“ zu leisten hat. Hätte er anderwärts günstiger oder ungünstiger einkaufen können, so hat das keinen Einfluß auf die bei der Bewertung der EV-Ware von ihm anzusetzende Werthöhe.

Gleiches hat bei Bestimmung des Wertes der neuen Sache – als Rechnungsgrundlage für den Wert der Verarbeitung – zu gelten. Ihr Wert ist der Verkaufswert, dessen Höhe sich aus dem „endgültigen Verkaufspreis“ im Sinne des Kalkulationsschemas ergibt¹⁷¹⁾.

¹⁶⁸⁾ vgl. Wittmann, S. 32 ff., 53 ff.

¹⁶⁹⁾ Wittmann, S. 103, 31–32

¹⁷⁰⁾ Schmidt, S. 67

¹⁷¹⁾ wobei vorausgesetzt wird, daß das Produkt am Markt zu diesem errechneten „endgültigen Verkaufspreis“ jederzeit abzusetzen ist.

Die drei vorhandenen Werte, der Stoffwert, der Verkaufswert und der sich als Differenz zwischen diesen ergebende Verarbeitungswert, sind also preisorientiert. Grundlage ist der endgültige Einkaufs- bzw. Verkaufspreis, wie er sich in den weitaus meisten Fällen der vom Verkäufer dem Käufer erteilten Rechnung entnehmen läßt. Ich halte es daher für einen Gewinn, hier nicht von Wert schlechthin, sondern von „Rechnungswert“ zu sprechen¹⁷²⁾. Der Begriff „Rechnungswert“ ist nicht eindeutig festgelegt. Gerade das ist sein Vorteil. Einmal wird deutlich, daß es nicht um einen allgemeinen Wert geht, sondern um den Wert, wie er sich für die Parteien in der sich gegenseitig erteilten Rechnung darstellt. Der „Rechnungswert“ deutet also auf den Preis hin und läßt erkennen, daß letztlich nicht irgendein abstrakter Wert, sondern eine Geldgröße gemeint ist. Zum andern hat „Rechnungswert“ auch noch den Sinn, Grundlage der auf dem Rechnungswege zu ermittelnden Miteigentumsanteile der Parteien zu sein. Damit verweist er zugleich auf die einzelne Rechtsbeziehung. Nur sie kann als Rechnungsgrundlage in Frage kommen, unbeschadet der Tatsache, daß die Ware außerhalb der einzelnen Rechtsbeziehung einen höheren oder niederen Markt- oder Börsenpreis haben und so mehr oder weniger „wert“ sein kann.

Nur eine derartige Ausgestaltung des Wertbegriffes ist in der Lage, dem Parteiwillen innerhalb der Verarbeitungsklausel zu entsprechen. Der VBV soll lediglich Sicherheit in der Höhe seiner Kaufpreisforderung erhalten. Soweit der VBK nach Verarbeitung einen höheren Weiterverkaufspreis erzielt, hat der VBV auf diesen „Mehrwert“¹⁷³⁾ keinen Anspruch. Im Verhältnis dieser beiden „Rechnungswerte“ entsteht Miteigentum.

Mit Hilfe des „Rechnungswertes“ und unter Berücksichtigung des Sicherungszweckes sind auch die Fälle zu entscheiden, in denen der Verarbeitungswert gleich null oder kleiner als null ist. Sie werden dann praktisch, wenn der VBK nach Verarbeitung der EV-Ware für das neue Produkt aus irgendwelchen Gründen keinen höheren oder einen geringeren Erlös erzielt, als ihn die Anschaffung der EV-Ware gekostet hat. In dem Ausnahmefall, daß die beiden Rechnungswerte, Stoffwert und Wert der neuen Sachen, gleich sind, ist der Verarbeitungswert gleich null. Hier muß dann Alleineigentum des VBV an der neuen Sache angenommen werden. Noch deutlicher zeigt sich die rechnungsmäßige Orientierung des Wertes in dem insbesondere bei Konjunkturrückgang nicht seltenen Fall, daß „unter Preis“ verkauft werden muß. Wertspekulationen

¹⁷²⁾ Der Ausdruck ist nicht neu. Schmalenbach (Dynamische Bilanz, 4. Auflage, 1926, S. 5) benutzte ihn schon als Bestandteil des Rechnungswesens und richtete ihn aus an dem betriebswirtschaftlichen inneren Wert.

In verschiedenen ALB fand ich den Ausdruck „Rechnungspreis“ oder auch „Fakturenwert“; letzterer z. B. auch bei Mückenberger, NJW 1958, 1756 und in den beispielhaft formulierten ALB, die dem vom OLG Stuttgart NJW 1958, 1875–1876 entschiedenen Fall zugrunde lagen; siehe auch BGH NJW 1958, 418 (Verkaufspreis)

¹⁷³⁾ Der Ausdruck findet sich z. B. bei Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 27 a

helfen hier nicht weiter. Wenn der für das neue Produkt erzielbare Preis niedriger ist als die Kaufpreisforderung des VBV, ist die verarbeitete Sache weniger „wert“. Auch hier ist Alleineigentum des VBV anzunehmen. Seine Forderung ist aber nur in Höhe des durch Verkauf der neuen Sache erzielbaren niedrigeren Wertes gesichert; im übrigen ist der VBV ungesichert. Im weiteren Verlauf der Untersuchung können diese beiden Sonderfälle weitgehend ausgeschieden bleiben. Auch bei schwankenden Preisen¹⁷⁴⁾ zeigt sich die geschilderte Ausgestaltung der „Rechnungswerte“. Steigen die Preise, wird der „Wert“ der neuen Sache insofern größer, als mehr Geldeinheiten für sie zu erzielen sind. Mit dem einmal festgelegten Kaufpreis ist aber der dem Miteigentumsanteil des VBV zugrunde zu legende „Rechnungswert“ festgelegt. Preissteigerungen können damit nur den Miteigentumsanteil des VBK vergrößern. Auch Preisenkungen wirken sich nur auf den Anteil des VBK aus, solange die Preise nicht unter den „Rechnungswert“ des gelieferten Stoffes fallen. Diese Zusammenhänge wurden vom LG Braunschweig (MDR 1950, 738) in dem bereits angeführten Konservendosenfall nicht richtig erkannt. Die Beklagte hatte unter anderem vorgetragen, der vEV der Klägerin sei nicht bestimmbar, da die einzelnen Konservensorten ständigen Preisschwankungen unterworfen seien. Demgegenüber hat das LG ausgeführt: „War also der Verkaufswert der Konserve im Zeitpunkt ihrer Herstellung 1,20 DM und beläuft sich der Verkaufswert der für die Herstellung benutzten Dosen auf 0,20 DM, so beansprucht die Klägerin ein Sechstel Eigentumsanteil, gleichgültig, ob sich das Verhältnis von Dosenwert zum Gesamtwert der Konserve nachträglich zu ihren Gunsten oder Ungunsten durch Absinken bzw. Ansteigen der Konservenpreise verschiebt.“ Der Vordersatz ist richtig. Bei einem Verhältnis der Rechnungswerte von 0,20 : 1,20 entsteht Miteigentum 1 : 6. Das bezieht sich aber nur auf den Zeitpunkt der Herstellung. Daher ist der Nachsatz des LG unzutreffend. Die Preisverschiebung ist keineswegs gleichgültig für das Verhältnis der Miteigentumsanteile. Der „Stoffwert“ bleibt gleich; nur der „Wert“ der neuen Sache und damit der Verarbeitungswert ändert sich. So bleiben die Miteigentumsanteile nicht 1 : 6, sondern ändern sich jeweils mit dem Verhältnis der „Werte“.

Demnach ist festzustellen, daß all diese Fragen nur dann befriedigend zu lösen sind, wenn man sich des „pretialen“¹⁷⁵⁾ Charakters des Wertes in diesem Zusammenhang bewußt ist. Dann ist auch die allgemeine Bezeichnung „Miteigentum nach dem Verhältnis der Werte“ unschädlich. Innerhalb des vEV hat bei Eigentumsfragen der Wert immer die Bedeutung eines „Rechnungswertes“.

174) Der Grund der Preisänderung, etwa Markt- oder auch Währungsschwankungen, spielt hierbei keine Rolle

175) Zum Ausdruck vgl. auch Schmalenbach, Pretiale Wirtschaftslenkung, Bd. 1, Die optimale Geltungszahl, Bremen-Horn, 1947; auch sonst wird bisweilen auf den Kaufpreis abgestellt; z. B. Ludewig, DB 1951, 590; Brandes, S. 89

d) Mitverarbeitung von anderen Waren durch den Vorbehaltsskäufer

Die bisherige Untersuchung hat immer stillschweigend vorausgesetzt, daß jeweils nur der vom VBV gelieferte Stoff zu einem neuen Produkt verarbeitet wurde. Darunter konnte man auch noch den Fall fassen, daß das neue Produkt zwar auf verschiedenen Waren aufbaute, die aber sämtlich vom VBV geliefert worden waren. Das Vorgehen rechtfertigt sich dadurch, daß an dem bisher zugrunde gelegten Fall alle Probleme im Grundsatz behandelt werden konnten.

Hinzuzufügen ist nun noch der in der Praxis viel häufigere Fall, daß der VBK nicht nur Waren des VBV, sondern auch eigene und (oder) von anderen Lieferanten bezogene Waren mitverarbeitet. Waren anderer Lieferanten sind hierbei nur insoweit zu berücksichtigen, als für sie der EV durch die Verarbeitungsklausel verlängert worden ist. Die Verkäufer, die ungesichert sind oder nur den einfachen EV vereinbart haben, verlieren ihr Eigentum durch die Verarbeitung¹⁷⁶). Insoweit wird der VBK Eigentümer. Die beiden Fragen sind so zu formulieren: Wie gestaltet sich die Rechtslage, wenn der VBK neben der EV-Ware noch eigene Sachen mitverarbeitet? Wie sind die Miteigentumsverhältnisse, wenn Waren verarbeitet werden, die von verschiedenen Lieferanten bezogen wurden und bei denen in allen Fällen die Verarbeitungsklausel besteht?

aa) Miteigentum je nach dem „Wert“ der Ware

Beide Fragen lassen sich ohne Schwierigkeiten nach dem bisher Ausgeführten lösen.

Beispiel: Der Fabrikant bezieht vom Lieferanten irgendeinen Rohstoff, der ihm unter vEV (Verarbeitungsklausel) geliefert wird. Alle übrigen zur Fertigstellung des neuen Produktes erforderlichen Stoffe sind bereits sein Eigentum. Wie sind die Eigentumsverhältnisse an der neuen Sache? Hier kommt nun noch eine neue Wertgröße dazu, ohne jedoch zu einer grundsätzlichen Änderung der Konstruktion zu führen. Neben den Stoffwert als den Wert der vom VBV gelieferten EV-Ware tritt jetzt noch der Wert der von F zu dem Produktionsprozeß beigesteuerten Waren. Aus dem Wesen des EV folgt, daß der Wert der eigenen Waren des VBK nicht dem VBV zugute kommen kann. Auch in diesem Falle ist der Miteigentumsanteil des VBV auf den „Rechnungswert“ der von ihm gelieferten und noch nicht gezahlten Ware zu beschränken. Damit tritt der Wert der dem VBK gehörenden Waren, die er bei der Produktion verwendet hat, zu dem „Verarbeitungswert“ und vergrößert den Miteigentumsanteil des VBK. War also im obigen Beispiel der Rechnungswert der von VBV gelieferten EV-Ware DM 1000,—, der Wert der durch VBK verwendeten eigenen

¹⁷⁶) Schlegelberger-Hefermehl, Anhang zu § 368, Anm. 22 scheiden die Verkäufer ohne vEV ebenfalls von vornherein aus; s. auch Franke, BB 1955, 719, 720. Das Versäumnis, die Verlängerung des EV zu verabreden, ist dem VBV zuzurechnen; vgl. BGH LM § 138 (Bb) Nr. 13; s. auch Westermann, Interessenskoll., S. 40

Waren 2000,-, und der Rechnungswert der neuen Sache DM 5000,-, so ergibt sich: Miteigentum zwischen VBV und VBK im Verhältnis 1 : 5. Dieser Fall unterscheidet sich gegenüber dem Ausgangsfall nur dadurch, daß für die Bestimmung des Umfangs des Miteigentumsanteils des VBK neben dem „Verarbeitungswert“ noch der Wert der eigenen Waren von Bedeutung ist. Für den VBV ist die Verwendung anderer Waren insofern ohne Belang, als sich auch hier sein Miteigentum nach dem „Rechnungswert“ der von ihm gelieferten EV-Ware richtet. Das Preisrisiko beim Absatz des neuen Produktes verbleibt beim VBK. Nur bei ihm kann sich die Miteigentümer-Berechtigung im Umfang absolut ändern.

Gleiches gilt in dem weiteren Fall, in dem Waren verwendet wurden, die von verschiedenen VBV jeweils unter der Verarbeitungsklausel gekauft wurden. Zur Illustration folgendes Beispiel:

L 1, L 2 und L 3 haben an F Rohstoffe unter vEV geliefert. Rechnungswert bei L 1: DM 1000,-; bei L 2 DM 750,-; bei L 3: DM 250,-; Verkaufswert des neuen Produktes: DM 5000,-. Die Miteigentumsanteile sind dann: 1/5 bei L 1, 3/20 bei L 2, 1/20 bei L 3; die restlichen 3/5 stehen dem VBK zu. An diesem Beispiel ist deutlich zu sehen, daß es im Prinzip für den Umfang des Miteigentums eines oder mehrerer VBV gleichgültig ist, ob der VBK noch eigene Waren verwendet hat oder nicht.

Nach all dem ist festzuhalten, daß die Auffassung, bei der Verarbeitungsklausel entstehe Miteigentum, entsprechend dem § 947, I BGB¹⁷⁷⁾, in der Lage ist, alle Fälle einheitlich zu lösen. Ist man sich über den Wertansatz im klaren, bereitet die Bestimmung der Miteigentumsanteile keine Schwierigkeiten. Die Annahme des „Hersteller-Vertrages“ macht auch die im Einzelfall oft schwierige Feststellung des guten Glaubens – etwa beim anticipierten Besitzkonstitut¹⁷⁸⁾ – entbehrlich. Jeder VBV erwirbt originär Eigentum; der Umfang seines Eigentumsrechts wird begrenzt durch den „Rechnungswert“.

Die Lösung ist einleuchtend und entspricht allein dem Zweck des EV-Geschäfts und dem Parteiwillen.

In einem Beschluß hat das KG¹⁷⁹⁾ bereits im Jahre 1930 bei Verarbeitung mehrerer Waren, bezüglich derer die Verarbeitungsklausel vereinbart war, Miteigentum angenommen. Die Klausel war typisch: „Bis zur völligen Bezahlung des Kaufpreises und Einlösung der Wechsel und Schecks bleibt dem Verkäufer das Eigentum an der gelieferten Ware vorbehalten, und zwar auch dann, wenn diese vom Käufer bearbeitet oder verarbeitet wird.“

¹⁷⁷⁾ Die Vorschrift des § 947, II BGB verträgt sich nicht mit dem Sicherungszweck des Geschäftes; im übrigen ist ihre Heranziehung bei der Verarbeitungsklausel entbehrlich; a. A. wohl Franke, BB 1955, 718; vgl. aber auch Hochgürtel, S. 128–129, 133, 138; neuerdings OLG Frankfurt MDR 1959, 579

¹⁷⁸⁾ vgl. Flume, NJW 1950, 844

¹⁷⁹⁾ JW 1930, 2798

Die Begründung durch das KG ist insoweit abzulehnen, als es die Wirkung der Verarbeitungsklausel durch einen Eigentumsverzicht erklären will. Das Ergebnis ist aber zutreffend. Das KG stellt fest, dieser EV (die Verarbeitungsklausel) habe auch dann zu gelten, wenn die gelieferte Ware mit anderen Waren zu einem einheitlichen neuen Stoff verarbeitet werde. Auch für den Fall der Mitverarbeitung anderer Waren – „als eine der üblichsten Arten der Verarbeitung der gelieferten Ware“ (Wolle) – habe sich die Antragstellerin sichern wollen. Die Wirkung der Verarbeitungsklausel trete daher auch in diesem Falle ein, „so daß Miteigentum der Antragstellerin, sei es mit der Antragsgegnerin, sei es mit anderen unter gleichen Bedingungen abschließenden Lieferanten zusammen, entstanden ist“.

Auch das RG¹⁸⁰⁾ hat anerkannt, daß die Verarbeitungsklausel wirksam sei, wenn die EV-Ware zusammen mit anderen Waren zu einem neuen einheitlichen Stoff verarbeitet werde. Dann „entsteht Miteigentum der Vorbehaltsverkäufer, gegebenenfalls auch des Verarbeiters“ . . .

Die Ansicht, die Probleme bei der Verarbeitung mehrerer EV-Waren, die unter Abrede der Verarbeitungsklausel geliefert wurden, seien auf dem Wege über das wertbestimmte Miteigentum zu lösen, setzt sich im modernen Schrifttum immer mehr durch¹⁸¹⁾; man kann sie bereits als herrschend bezeichnen.

bb) Praktische Schwierigkeiten und deren betriebswirtschaftliche Lösung

Gegen diese Meinung wird bisweilen eingewandt, sie sei deshalb nicht zu halten, weil sie bei ihrer Anwendung zu praktisch nicht zu lösenden Schwierigkeiten führe¹⁸²⁾. Wenn verschiedene Waren, an denen sich verschiedene VBV das Eigentum über die Verarbeitung hinaus vorbehalten hätten, verarbeitet würden, seien die Eigentumsverhältnisse nicht mehr festzustellen. Es sei oft unmöglich, im einzelnen nachzuweisen, welche Waren welcher Lieferanten in welchen Mengen zur Verarbeitung benutzt worden seien. Damit lasse sich der den Eigentumsverhältnissen zugrunde liegende „Rechnungswert“ nicht mehr er-

¹⁸⁰⁾ RG JW 1936, 2882–2883

¹⁸¹⁾ Stulz, S. 24; Meisner, S. 31; Hirsch, S. 49; Flume, NJW 1950, 844; ders., Landesreferate, S. 83; RGRK, § 950, Anm. 10; Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 27 a; Staudinger-Berg, § 950, Anm. 15; Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 22; Kurtenbach, S. 81–82; Käfer, S. 57–58; Kirchner, S. 21; Laufke, S. 77–80; Schagen, S. 78–82; Walb, BB 1953, 578; Franke, BB 1955, 718; ähnlich auch v. Wehner, S. 76 (Stoffeigentum nur zwischen den Lieferanten, nicht aber unter Beteiligung des Verarbeiters); ebenso wohl auch Hochgürtel, S. 125–127, 132, 138; zutreffend OLG Frankfurt MDR 1959, 579
A. A. z. B. Westermann, S. 260

Die Vorschrift des § 742 BGB braucht nicht ergänzend herangezogen zu werden, wie es Schirdewahn, S. 189–190 (für die Sicherungsübereignung) und Schagen, S. 84, vertreten; vgl. BGH NJW 1958, 1534–1535 mit zust. Anm. von Hohe; s. aber auch Flume, NJW 1959, 922 mit Angaben

¹⁸²⁾ vgl. etwa Lehmann, Reform, S. 7–8; Schirdewahn, S. 193; Grünebaum, DJZ 1920, 584–585; Brückner, S. 84; Westermann, S. 260

mitteln. Darin sieht man auch einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz im Sachenrecht. Ich halte diese Bedenken für ungeeignet, die vertretene Auffassung zu widerlegen. Ihnen gegenüber ist zu bemerken:

aaa) Soweit ein Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz angenommen wird, ist das ein theoretisch schwerwiegender Einwand. Er ist aber unbegründet. Der Gegenstand der Übereignung ist die neue Sache. Sie ist auf Grund des Produktionsprozesses eindeutig bestimmt. Auf sie bezieht sich das Übertragungsgeschäft, das durch den Bestimmtheitsgrundsatz abgegrenzt wird¹⁸³⁾. Jetzt erst können Bedenken aufkommen, die sich jedoch lediglich auf den tatsächlichen Umfang des Miteigentumsanteils beziehen. Das aber ist eine Beweisfrage, welche die Gültigkeit des materiellrechtlichen Geschäftes nicht zu beeinflussen vermag. Wenn im einzelnen Fall nicht nachzuweisen ist, wie sich die neue Sache zusammensetzt, d. h. welche Mengen von Waren ganz bestimmter VBV mitverarbeitet worden sind, ändert das nichts an dem Miteigentumsverhältnis. Es ist dann nur nicht zu beweisen, was für die betreffende Partei unbillig erscheinen mag. Hoche (NJW 1958, 1534) hat in einem ähnlichen Fall zutreffend bemerkt, daß die Unmöglichkeit des Ausschlusses unbefriedigender Ergebnisse in solchen Fällen Folge der Beweisfälligkeit „und daher im Grunde nicht unbillig“ sei. Diese Bedenken können also nur dann geltend gemacht werden, wenn man materiellrechtliche und prozessuale Fragen vermengt.

bbb) Selbst die praktischen Schwierigkeiten sind nicht unüberwindbar. Die Nachprüfbarkeit, welche Waren für die Anfertigung der neuen Sache verwendet worden sind, gestaltet sich verschieden je nach Produktionsablauf und Produkt selbst. Immer aber ist es eine Frage der betrieblichen Organisation. Das Problem ist ein rein betriebswirtschaftliches. Etwa bei der Nachkalkulation stellt es sich in der gleichen Form: Was ist an Material für das neue Produkt verwendet worden, und von wem wurde dieses Material bezogen (wegen des anzusetzenden „Wertes“)? Insbesondere innerhalb der Kostenartenrechnung wird dieser Frage nachgegangen. Aufgabe dieser Gruppe in der Abteilung Betriebsrechnung ist es¹⁸⁴⁾, die Kosten auf Grund von Fremdbelegen (Rechnungen) für Lieferungen und Leistungen sowie auf Grund von Eigenbelegen für u. a. Material artenmäßig zu sammeln. Diese Stelle der innerbetrieblichen Kostenartenrechnung stellt alle Belege zusammen, die zur Feststellung des „Stoffwertes“ im Einzelfall führen und damit auch den Miteigentumsanteil nachzuweisen geeignet sind. Die Betriebswirtschaftslehre, vor allem die Industrie-

¹⁸³⁾ Westermann, SR, S. 15

¹⁸⁴⁾ vgl. Arbeitskreis Dr. Krähe der Schmalenbach-Gesellschaft, Unternehmungsorganisation, 3. Auflage, 1957, S. 104, 21

betriebslehre, kennt die verschiedensten Hilfsmittel zur Erfassung des Materialverbrauchs. Vor Beginn der Produktion des einzelnen Fertigungsstückes wird der Materialverbrauch geplant; während und nach dem Produktionsprozeß wird er kontrolliert. Das wichtigste Mittel hierzu ist die Stückliste, die in einzelne Teilzetteln aufgegliedert werden kann¹⁸⁵). In diesem Zusammenhang sind besonders die Materialentnahmescheine von Bedeutung. Sie erbringen Beweis darüber, welche Mengen von Werkstoffen aus dem Materiallager für den einzelnen „Auftrag“ entnommen worden sind. Mit ihrer Hilfe sind die praktischen Schwierigkeiten jederzeit ohne große Mühe zu bewältigen.

Meist wird nicht erkannt, daß diese von der Praxis her beeinflussten Bedenken letztlich auf prozessualen Gebiet liegen. Die materiellrechtliche Situation wird von ihnen nicht berührt. So verfängt auch nicht der Hinweis, ein Zurückgehen auf betriebliche Unterlagen vertrage sich nicht mit der notwendigen Bestimmtheit dinglicher Geschäfte. Wie sich gezeigt hat, dient die Heranziehung betriebswirtschaftlich-organisatorischer Mittel lediglich dem Beweis des Miteigentums, nicht aber dessen Begründung.

6. Kollision zwischen der Verarbeitungsklausel und der Sicherungsübereignung an Geldkreditgeber

Abschließend zu diesem Kapitel ist noch hinzuweisen auf ein Problem, das seinen tieferen Grund in dem Interessenkonflikt zwischen Warenkreditgeber und Geldkreditgeber hat¹⁸⁶). Wie ist die Rechtslage, wenn Verarbeitungsklausel und Sicherungsübereignung beide die gleiche bewegliche Sache ergreifen? Es ist verfehlt, sich bei Beantwortung dieser Frage von rechtspolitischen Erwägungen leiten zu lassen. Den einzig billigen Ansatzpunkt stellen die §§ 929 ff. BGB, 366 HGB dar, verbunden mit den Rechtsfolgen der Verarbeitungsklausel.

In der Regel wird bei Sicherungsübereignung ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart und so nach § 930 BGB die Übergabe ersetzt. Vor vollständiger Zahlung des Kaufpreises wird der Fabrikant beim vEV nicht Alleineigentümer, auch nicht eine „logische Sekunde“. Das hat zur Folge, daß eine Sicherungsübereignung der neuen Sache – gleichgültig, ob sie vor oder nach dem Entstehen der neuen Sache vorgenommen worden ist – vor Vollzahlung nur über die Gutgläubensvorschriften zum Eigentumserwerb des Sicherungsnehmers führen kann. Das Problem besteht in gleicher Weise im Verhältnis zwischen einfachem EV und Sicherungsübereignung. Seine Lösung wird in § 933 BGB gegeben. Hiernach wird der Sicherungsnehmer Eigentümer, wenn ihm die

¹⁸⁵) s. z. B. Gerwig, S. 126–128; Kalveram, S. 58 ff.

¹⁸⁶) vgl. Westermann, Interessenskoll., S. 13; Schantz, AcP 142, 76; Staehelin, S. 74, Anm. 203, S. 76; Lehmann, Reform, S. 6; v. Wehner, S. 21; Hochgürtel, S. 17

Sache vom VBK übergeben wird und er im Zeitpunkt der Übergabe in gutem Glauben ist. Diese gesetzliche Lösung durch die „Bewertungsnorm“ des § 933 BGB ist als angemessen anerkannt¹⁸⁷⁾.

Somit läßt sich das Problem zurückführen auf die Frage: Wie hoch sind die Anforderungen, welche die Rechtsprechung an den guten Glauben des Erwerbers stellt, wenn die zu erwerbende Sache (noch) im Eigentum des VBV steht? Ein Unterschied besteht bezüglich der Gutgläubenserfordernisse nicht, ob man die Ware käuflich erwirbt oder sie sich zu Sicherungszwecken übereignen läßt¹⁸⁸⁾. Die Rechtsprechung¹⁸⁹⁾ hat dem Umstand Rechnung getragen, daß der EV heute derart üblich geworden und so weit verbreitet ist, daß jeder bei Sicherungsübereignung mit der Belastung der Ware durch einen EV rechnen muß¹⁹⁰⁾. So wurde eine Nachforschungs- und Erkundigungspflicht angenommen, bei deren Unterlassung jedenfalls die Annahme grober Fahrlässigkeit (§§ 932, II, 276, I Satz 2 BGB)¹⁹¹⁾ gerechtfertigt erschien. Streit herrscht auch heute noch um die Grenzen dieser Erkundigungspflicht. Hierzu hat das OLG Celle neuerdings¹⁹²⁾ zutreffend ausgeführt, es komme auf die Umstände des Einzelfalles an, welche Anforderungen an die Sorgfaltspflicht, insbesondere auch an die Nachforschungspflicht des Erwerbers, zu stellen seien. Die Anforderungen seien nicht gering anzusetzen und auch bei einem Erwerb aus Privathand grundsätzlich zu bejahen. Allerdings dürfe diese Nachforschungspflicht auch nicht überspannt werden.

Die Einstellung der modernen Rechtsprechung zur Frage der Anforderungen an den guten Glauben des Erwerbers – insbesondere des Sicherungsnehmers – ist m. E. zu begrüßen. Bei der Verbreitung des EV und seiner Ausdehnungsformen ist im Wirtschaftsleben ohne eine gewisse Nachforschungspflicht beim Eigentumserwerb nicht mehr auszukommen. Mit der Bezugnahme auf den jeweiligen Einzelfall kann von einer „geradezu unsinnigen Übersteigerung der Anforderungen an die Sorgfaltspflicht des Dritterwerbers“ entgegen Schantz (AcP 142, 91) keine Rede sein. Zugleich führt der EV so auch nicht zu einer generellen Ausräumung des durch den Besitztatbestand hervorgerufenen Rechtsscheins, § 1006 BGB. Grundsätzlich sind die Gutgläubensvorschriften auch heute noch zu Recht stärker als die Rechtsposition des VBV.

187) Näheres hierzu bei Westermann, *Interessenkoll.*, S. 13

188) So auch Schantz, AcP 142, 74; a. A. anscheinend Flume, *Landesreferate*, S. 83; Spiegel, S. 55

189) s. z. B. RG JW 1929, 582–583; KG JW 1932, 63–64 mit zust. Anm. Stulz; RG HRR 1935, Nr. 177; RGZ 135, 85; 141, 131–132; 143, 18–19; 147, 331; BGHZ 2, 53; 10, 17, 74; OLG Frankfurt MDR 1959, 579–580; s. auch RGRK, § 932, Anm. 6. Gegen die Verschärfung der Anforderungen durch das RG seit RGZ 58, 162 ff.: Schantz, AcP 142, 67 ff., insbesondere S. 74–75

190) Nach OLG Breslau, bestätigt von RGZ 147, 331; vgl. im übrigen Meisner, S. 22; Schütz, *IHK*, S. 84; Jacusiel, S. 35–37; Haas, S. 86–88, nach dem – vom Einzelfall ausgehend, ähnlich RGZ 166, 101–102 – die Anforderungen an die Prüfungspflicht nicht überspannt werden dürfen; ähnlich Wegerhoff, S. 94, 98; zur Literatur s. Wegerhoff, S. 63–68

191) s. hierzu BGHZ 10, 16 mit Angaben

192) NJW 1958, 633; s. auch BGH NJW 1958, 1486; DB 1959, 109

7. Ergebnis

Nachdem nunmehr die wichtigsten Fragen der Verarbeitungsklausel behandelt sind, ist als Ergebnis festzuhalten:

- a) Die Neuheit einer Sache ist zweckmäßigerweise nach der „Stufentheorie“ zu beurteilen.
- b) Die Vorschrift des § 950 BGB ist zwingend.
- c) Das anticipierte Besitzkonstitut ist als Lösungsweg der Verarbeitungsklausel ungeeignet; es entspricht weder dem Parteiwillen noch der Interessenlage.
- d) Auch die übrigen vorgeschlagenen Konstruktionen sind kritisch zu beurteilen.
- e) Die Verarbeitungsklausel ist aufzufassen als eine Verarbeitung „für“ den Lieferanten. Darin ist die Vereinbarung eines „Herstellervertrages“ zu sehen; auf die Gültigkeit des Vertrages kommt es nicht entscheidend an.
- f) Unter Ablehnung der Surrogation erwirbt der VBV Eigentum als „Hersteller“ nach § 950 BGB. Dem VBK steht andererseits ein Anwartschaftsrecht an der neuen Sache zu. Die Rechtslage ist insofern die gleiche wie beim einfachen EV.
- g) In der Regel tritt durch Verarbeitung eine Wertsteigerung ein. VBV und VBK werden Miteigentümer im Verhältnis Stoffwert zu Verarbeitungswert.
- h) Der „Wert“ hat pretialen Charakter. Die Verwendung des Begriffs „Rechnungswert“ soll u. a. darauf hinweisen.
- i) Nach den Grundsätzen des Miteigentums sind auch die Fälle zu lösen, in denen der VBK eigene Waren oder solche, die er von anderen VBV unter der Verarbeitungsklausel bezogen hat, zu einem einheitlichen neuen Produkt mitverarbeitet. Allein diese Lösung entspricht dem Wesen der EV-Sicherung.
- j) Die praktischen Schwierigkeiten beeinflussen nicht die materielle Rechtslage. Sie haben lediglich die Wirkung, daß sie den Beweis erschweren. Zu ihrer Lösung ist auf betriebswirtschaftliche Hilfsmittel zurückzugreifen.
- k) Kollisionen zwischen Verarbeitungsklausel und Sicherungsübereignung sind nach den allgemeinen Gutglaubensvorschriften zu beurteilen.

Im Laufe der Untersuchung der Verarbeitungsklausel hat sich gezeigt, daß viele Punkte lebhaft umstritten sind. Eine sichere Lösung muß aber im Hinblick auf die große praktische Bedeutung dieser Fragen um die Verarbeitungsklausel gefunden werden. Die Auffassung, als konstruktiver Weg sei das Miteigentum zu verwenden, erscheint richtig. Nur sie vermag ein einheitliches Lö-

sungsprinzip für alle Fragen anzubieten. Sie entspricht der Interessenlage und dem Parteiwillen. Letztlich entscheidend ist zudem, daß sie allein dem Wesen des vom Sicherungszweck beherrschten EV-Sicherungsgeschäftes entspricht.

Die Verarbeitungsklausel kann in ihrem praktischen Teil nicht ohne Heranziehung betriebswirtschaftlicher Fragen und Ergebnisse betrachtet werden. Das liegt in der Natur des Anwendungsgebietes dieser Klausel.

Es wurde bereits in diesem Kapitel deutlich, daß es nicht angeht, Bedenken gegen die konstruktive Zulässigkeit des vEV zu erheben, obwohl diese Bedenken auf rechtspolitischem oder auch gar prozessualem Gebiet liegen. Es kann hier lediglich darum gehen, ein von der Praxis entwickeltes Rechtsgebilde rechtlich zu untermauern und in das System des Rechts einzubauen.

II. DIE VORAUSABTRETUNGSKLAUSEL

1. Das Problem

Im folgenden ist die Frage zu behandeln: Wie kann sich der VBV in der 2. Phase sichern, also in dem Zeitraum, der zwischen Weiterverkauf und Weiterveräußerung der EV-Ware durch den VBK an einen Dritten und der Zahlung des Kaufpreises durch den Dritten liegt? Ziel der Verlängerung des EV ist nun, die Grenze zu überwinden, die in der Weiterveräußerung an den Dritten zu sehen ist. Erwirbt der Drittabnehmer Eigentum, verliert der VBV seine Sicherung. Ausgangspunkt ist folgender Grundtatbestand:

A liefert eine Ware unter EV an B. Noch bevor B den Kaufpreis vollständig bezahlt hat, verkauft und veräußert er die EV-Ware an seinen Abnehmer C, der ebenfalls nicht sofort zahlt. B hat nun eine Kaufpreisforderung an C.

Die Kaufpreisforderung des B an C soll dem Sicherheitsbedürfnis des A dienstbar gemacht werden. Zu diesem Zweck vereinbaren A und B noch vor Weiterveräußerung der EV-Ware durch B etwa:

„Für den Fall einer Weiterveräußerung unserer Ware tritt der Käufer die ihm aus dem Verkauf erwachsende Forderung bereits jetzt an uns ab.“

Derartige Abreden setzen stillschweigend voraus, daß der Drittabnehmer Eigentümer der Ware wird. Er könnte Eigentümer werden auf Grund der Gutgläubensvorschriften, §§ 932 ff. BGB, 366 HGB. Insbesondere bei Waren, die zur Weiterveräußerung bestimmt sind, wäre eine Beschränkung auf diese Vorschriften unzulässig. Einmal würde die Rechtssicherheit in unzulässiger Weise beeinträchtigt; zum anderen wären die Absatzmöglichkeiten des VBK in nicht zu vertretendem Ausmaß eingeengt. Zudem hat der VBV selbst Interesse daran, daß der VBK die Ware veräußert, um so die Mittel zu erhalten, die er zur Begleichung der Forderung des VBV benötigt¹⁹³). Daher ist die Vorausabtre-

¹⁹³) so z. B. auch Hirsch, S. 21; die Weiterveräußerung ist auch volkswirtschaftlich wünschenswert; s. Stulz, S. 18 ff; Hirsch, S. 21; anders wohl Joel, BA XXIX, 310-311

tungsklausel notwendig mit der Verfügungsklausel verbunden. Das bedeutet, daß der VBK im Rahmen ordnungsmäßiger Geschäftsführung zur Verfügung über die EV-Ware ermächtigt wird. Bei Würdigung der Interessenlage bedarf es keiner ausdrücklichen Ermächtigung; der VBK ist grundsätzlich in jedem Falle als stillschweigend zur Weiterveräußerung ermächtigt anzusehen¹⁹⁴).

Wenn bisweilen vereinbart wird, die Ware bleibe bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung „unveräußerliches Eigentum“ des VBV, so ist die Abrede insoweit unwirksam. Man begründet das mit mangelnder Ernstlichkeit¹⁹⁵). Der Grund liegt darin, daß eine solche Abrede der Interessenlage widerspricht. Dem ist m. E. hinzuzufügen, daß der Vorbehalt „unveräußerliches Eigentum“, § 137, II BGB, auch aus dem Gesichtspunkt des § 138 BGB nichtig ist. Die Befriedigung des berechtigten Sicherungsbedürfnisses des VBV darf nicht zu einer Knebelung und einer mit dem Sicherungszweck nicht mehr in Einklang zu bringenden Beschränkung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit des VBK führen.

Allerdings ergibt sich aus dem Sicherungszweck aber auch die Grenze der Ermächtigung: der VBK darf nur im Rahmen einer ordnungsmäßigen Geschäftsführung über die EV-Ware verfügen. Wie Rühl (S. 40/41) mit Recht betont, ist der Umfang der Ermächtigung dadurch nicht zu unbestimmt, da das Gesetz selbst diese Formulierung des öfteren verwendet, so z. B. in §§ 588, 1048, 1122 BGB. Die Entscheidung darüber, ob eine Verfügung noch im Rahmen ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes liegt, kann nur unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles unter Zugrundelegung der Verkehrsanschauung getroffen werden¹⁹⁶). Generell aber kann als Grundsatz festgestellt werden: außerhalb einer derartigen Ermächtigung liegen solche Verfügungen, die keine dem Wert der Ware entsprechende Forderung entstehen lassen. Der VBK ist also nicht ermächtigt u. a. zu¹⁹⁷): Sicherungsübereignung der Ware an Dritte, Lombardierung der EV-Ware, Überlassung der Ware an Angestellte statt Zahlung des Gehaltes, Verschleuderung, Veräußerung unter Wert zur Hinausschiebung des Konkursverfahrens (§ 240, I, Ziff. 2 KO), Ausverkauf wegen Geschäftsaufgabe. Jedoch wird man etwa Saisonausverkäufe und sonstige übliche Verkäufe zu herabgesetzten Preisen noch als von der Ermächtigung umfaßt an-

¹⁹⁴) so auch die h. M.; vgl. Rühl, S. 40; ders., LZ 1931, 153; Jacusiel, S. 31; Stulz, S. 18–19; Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 22; Staehelin, S. 48; Mertens, S. 22; Meisner, S. 20; Hauß, S. 16–17; Hirsch, S. 21, Anm. 3, 4; Schalfjew, IHK, S. 101; Merkel, JW 1931, 2088 f; Ziffer, JW 1930, S. 1358; Brandes, S. 5; Haas, S. 46; Scholz, S. 263, N. 177; Hochgürtel, S. 38–39; s. auch Erman, BB 1959, 1111

OLG Celle JW 1926, 2102; LG Hamburg Hans. RuGerZtg. 1930, 270–271; RG Hans. RuGerZtg. 1931, 599; OLG Stuttgart JW 1931, 84; RG GruchB 53, 957; RG BA XXVIII, 186 unzutreffend insoweit Letzgas, S. 7; er erkennt das Wesen der Ermächtigung

¹⁹⁵) s. Meisner, S. 20; Jacusiel, S. 31; OLG Celle JW 1926, 2102–2103 (berichtigende Auslegung, die jedoch m. E. am eindeutigen Wortlaut ihre Grenze finden muß)

¹⁹⁶) vgl. Kurtenbach, S. 73; Hirsch, S. 22; s. auch OLG Celle BB 1959, 578

¹⁹⁷) hierzu: Meisner, S. 20; Stulz, S. 18–19; Schalfjew, IHK, S. 101–102; Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 22; OLG Hamburg HRR 1931, Nr. 1838; Jacusiel, S. 32 gegen OLG Hamm JW 1932, 201

sehen können. Das gleiche gilt auch für „Verkäufe unter Wert“, sofern sie sich vom betriebswirtschaftlichen Standpunkt aus rechtfertigen lassen, also insbesondere mit dem Verhalten eines gewissenhaften Kaufmanns übereinstimmen.

Soweit die Ermächtigung zur Weiterveräußerung reicht, erwirbt der Drittabnehmer ohne Rücksicht auf guten oder bösen Glauben Eigentum gemäß §§ 929, 185 BGB¹⁹⁸). Die aus dem der Veräußerung zugrunde liegenden Kausalgeschäft entstehende Forderung soll durch die Vorausabtretungsklausel erfaßt werden zur Sicherung des VBV. Der § 398 BGB gestattet die Forderungsabtretung durch formlosen Vertrag. Der VBK ist aber im Zeitpunkt der Vereinbarung der Vorausabtretungsklausel noch nicht Gläubiger der erst späterhin zu begründenden Forderung. Daraus ergibt sich das erste Problem:

- a) Kann eine noch nicht bestehende Forderung bereits abgetreten werden? Wenn das möglich ist, folgen aus dem Sicherungszweck heraus die nächsten Fragen:

Steht die im voraus abgetretene Forderung unmittelbar dem VBV zu, oder entsteht sie erst in der Person des VBK?

- b) Inwieweit wird der VBV Gläubiger der Forderung?

Im Grunde ist die Problemstellung die gleiche, wie sie sich auch bei der Verarbeitungsklausel stellte: erst gilt es, an das „wirtschaftliche Surrogat“ des vorbehaltenen Eigentums heranzukommen, und dann erhebt sich die Frage nach dem Umfang des Rechts, das dem VBV zu seiner Sicherung zustehen soll. Die Lösung der Probleme geht naturgemäß bei beiden Klauseln verschiedene Wege.

2. Die Abtretung zukünftiger Forderungen

a) Begriffe

Die Untersuchung der Frage, ob zukünftige Forderungen abgetreten werden können, setzt die Klärung der Begriffe „Forderung“, „Abtretung“ und „Zukünftigkeit“ einer Forderung voraus.

Die h. L.¹⁹⁹) setzt Forderung und schuldrechtlichen Anspruch gleich. Demgemäß ist nach § 194, I BGB unter Forderung das Recht zu verstehen, von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen. Die Forderung bezeichnet also eine Rechtsposition, aus der sich Rechte – in der Regel auf Leistung, § 241 BGB – gegenüber einem anderen Rechtssubjekt ableiten lassen.

Larenz (I, 281) hebt zutreffend den Charakter der Forderung auf Leistung als eines Vermögenswertes hervor. Er stellt fest, daß die Forderung sich nicht nur

¹⁹⁸) Das wird bisweilen verkannt; vgl. etwa Meisner, S. 22; Wendt, MDR 1956, 336

¹⁹⁹) vgl. für alle Enn.-Nipperdey, 2. Halbb., S. 963 mit Anm. 19

als Leistungsbeziehung zwischen Gläubiger und Schuldner darstellt, sondern auch grundsätzlich verfügbarer Vermögensgegenstand ist. Diese wirtschaftliche Betrachtungsweise der Forderung wird vom Gesetz als selbstverständlich angenommen. Andernfalls wäre es unerklärlich, daß die wirtschaftlich-vermögensmäßige Verwendung der Forderung als eines Rechtsbandes zwischen Gläubiger und Schuldner gesetzlich zulässig ist, etwa in Form der Abtretung, § 398 BGB, der Verpfändung, §§ 1279 ff. BGB, der Pfändung, §§ 828 ff. ZPO. Im Zusammenhang mit der Vorausabtretungsklausel ist nur die Forderung auf Leistung von Bedeutung. Insofern ist die Forderung ein vermögenswertes Recht, von einem anderen eine Leistung zu verlangen.

Diese Rechtsposition ist nach § 398 BGB abtretbar. Die Forderungsabtretung hat unmittelbar rechtsübertragenden Charakter. Obwohl sie im Schuldrecht des BGB geregelt ist, treten zugleich mit Abschluß des Vertrages die unmittelbaren Wirkungen ein: der neue Gläubiger tritt an die Stelle des bisherigen Gläubigers, § 398 Satz 2 BGB. Aus der Zuordnung des in der Forderung verkörperten Rechts an den Gläubiger folgt dessen „Rechtszuständigkeit“. Sie allein wird in der Veräußerung des Forderungsrechtes an einen Dritten geändert, der Inhalt der Forderung bleibt bestehen²⁰⁰). Die Änderung der Rechtszuständigkeit geschieht in der Form der Verfügung. Das Gesetz hat den Begriff der Verfügung nicht definiert. Auf Grund der Aufgaben, die das Gesetz der Verfügung zuweist, hat man darunter ein Rechtsgeschäft zu verstehen, durch das ein bestehendes Recht übertragen, belastet, inhaltlich verändert oder zum Erlöschen gebracht wird²⁰¹).

Bei der Übereignung körperlicher Sachen wird nach unserer Rechtsordnung zwischen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft scharf unterschieden²⁰²). Das rechtfertigt sich daraus, daß es ein Eigentum an einer Sache gibt und beide getrennt voneinander zu betrachten sind. Anders bei der Forderung. Hier ist Recht und Inhaberschaft dieses Rechts identisch. Larenz (I, 284) sieht m. E. zu Recht den Grund dafür in dem wesensmäßigen Unterschied zwischen einer Sache, die der Seinsschicht der sinnlich wahrnehmbaren Dinge angehört, und einer Forderung, die – ebenso wie das Eigentum – nur in der Seinsschicht des „objektiven Geistes“, des rechtlich Geltenden vorstellbar ist. Das verkennt Leonhard²⁰³), wenn er Eigentum an einer Forderung annimmt. Sein Vorschlag wird von der zutreffenden h. M. abgelehnt. Das Argument²⁰⁴), die Abtretung als Verfügung über die Forderung im Sinne einer Veräußerung eines an ihr bestehenden Eigentums aufzufassen, bedeute nur „eine unnötige und verwirrende

²⁰⁰) s. Larenz I, S. 284–285; Stichel, S. 6

²⁰¹) so und ähnl. die h. M.; z. B. v. Tuhr II, 1, 238; Larenz I, 281

²⁰²) kritisch Süß, Theodor, a. a. O.

²⁰³) Leonhard, S. 60–66; hierzu s. Larenz I, 284–285 mit Angaben; Larenz selbst stellt dabei zutreffend auf die Rechtszuständigkeit ab. Gegen Leonhards Vorschlag die h. M.; z. B. Stichel, S. 6–7

²⁰⁴) so Löbl, AcP 129, 297–298; Larenz I, 284

Verdoppelung des Rechts“, ist m. E. entbehrlich. Eigentum an einer Forderung ist schon deshalb abzulehnen, weil es sowohl dem Wesen der Forderung, als auch dem System des BGB widerspricht.

Grundsätzlich ist der Inhalt eines Vertrages entweder verpflichtender oder verfügender Natur. Diese Unterscheidung deckt sich nicht mit der Einteilung in kausale und abstrakte Verträge²⁰⁵). Die Forderungsabtretung ist als Verfügung notwendigerweise abstrakt. Sie ist also unabhängig von dem ihr zugrunde liegenden Rechtsgrund, etwa der Vereinbarung, die Abtretung solle der Sicherung des Sicherungsnehmers dienen.

Eine Forderung ist entweder eine gegenwärtige oder eine zukünftige. Die Bestimmung dessen, was unter zukünftiger Forderung zu verstehen sei, bereitet Schwierigkeiten. Das BGB kennt in vielen Fällen „künftige Rechte“, so z. B. in §§ 310, 312, II, 559 Satz 2, 765, II, 883 I Satz 2, 1113, II, 1204, II, 1209. Aber eine Definition der „Zukünftigkeit“ bringt das Gesetz nicht. Stickel (S. 10/11) betont den richtigen Ansatzpunkt: den Gegensatz zwischen gegenwärtigem und zukünftigem Recht, wie er sich vergleichsweise auch in §§ 310, 311 BGB ersehen läßt. Eine Forderung ist dann gegenwärtig, wenn bereits alle Tatbestandsmerkmale gegeben sind. Dabei darf nicht auf ihre Geltendmachung abgestellt werden, sondern lediglich ihre Entstehung ist von Wichtigkeit. Die Forderung muß also bereits bestehen; Gläubiger und Schuldner müssen in der Weise feststehen, daß sich aus ihren Rechtsbeziehungen zueinander die Rechtszuständigkeit des Gläubigers ergibt. Der Streit um das Wesen der zukünftigen Forderung ist m. E. hauptsächlich auf die nicht genügend scharfe Trennung zwischen Entstehung der Forderung und ihrer Geltendmachung zurückzuführen. Letztlich zeigt sich darin eine Verkennung der Natur der Forderung überhaupt. Die Möglichkeit ihrer Geltendmachung, ihre reale Durchsetzbarkeit ist nicht Wesensmerkmal der Forderung²⁰⁶). Zwar ist eine Forderung, die auf die Dauer nicht geltend gemacht werden kann, vermögensmäßig gesehen wertlos. Damit bleibt sie aber dennoch Forderung als die „im Bereich des Geistigen“ zu denkende Möglichkeit, vom Schuldner Leistung zu verlangen. Insofern ist hierbei zwischen wirtschaftlicher und juristischer Betrachtungsweise zu unterscheiden. Im Schrifttum finden sich verschiedene Versuche der Einteilung der Forderungen, um so die zukünftige Forderung definieren zu können. Man läßt dabei die gegenwärtige Forderung als unstreitig beiseite und gliedert alle übrigen – mehr oder minder vollständig – unter den Begriff „zukünftig“ ein. Der Wert solcher Einteilungen ist gering. Sie sind aber insofern für die Begriffsbestimmung der zukünftigen Forderung von Bedeutung, als sie „fruchtbare Irrtümer“ enthalten. Daher seien die Einteilungsversuche durch v. Tuhr, Oertmann und v. Ohmeyer wiedergegeben²⁰⁷).

205) vgl. Palandt-Dankelmann, Einf. vor § 305, Anm. 4 a, b

206) vgl. auch Langheineken, S. 21 („gegenwärtiger Anspruch auf eine künftige Leistung“)

207) hierzu s. auch Schenkel, S. 10–14; Stickel, S. 12–20

Die Einteilung durch v. Tuhr²⁰⁸⁾ lautet etwa so: Zu den zukünftigen Forderungen sind zu zählen:

1. Aufschiebend bedingte und betagte Forderungen;
2. Forderungen aus bereits bestehendem Rechtsverhältnis, zu deren Wirksamkeit es jedoch noch des Eintritts weiterer Tatsachen bedarf, z. B. zukünftige Miet- oder Lohnforderungen aus bereits bestehendem Miet- bzw. Dienstvertrag;
3. Forderungen aus noch nicht bestehenden Rechtsverhältnissen.

Sie alle faßt v. Tuhr als zukünftige Forderungen auf; es bestehe lediglich ein Unterschied quantitativer Art. Dem kann nicht gefolgt werden. Vorweg ist zu betonen, daß betagte Forderungen außerhalb der Diskussion zu bleiben haben. Betagt ist eine Forderung dann, wenn sie bereits jetzt besteht, ihre Geltendmachung aber erst zu einem späteren Zeitpunkt möglich ist. Die betagte Forderung ist somit eine gegenwärtige Forderung; das setzt auch § 813, II BGB voraus, wenn er bei vorzeitiger Erfüllung einer betagten Forderung die Rückforderung ausschließt. Zweck dieser Vorschrift ist es, dem Wesen der betagten Forderung entsprechend eine Ausnahme von den in § 813, I BGB geregelten Rechtsfolgen bei der Erfüllung einer Nichtschuld zu statuieren. Richtig ist, daß v. Tuhr die auflösend bedingte Forderung ausgelassen hat. Aus § 158, II BGB folgt, daß es sich um eine gegenwärtige Forderung handelt. Aber auch die aufschiebend bedingte Forderung ist keine zukünftige²⁰⁹⁾.

Stickel (S. 17) begründet das damit, daß es im Belieben der Parteien liege, den Eintritt der Bedingung und damit nach § 158, I BGB die Rechtswirkungen herbeizuführen, während zu der künftigen Forderung „volle Unbestimmtheit“ gehöre. Ich halte das Argument nicht für stichhaltig. Auch die Entstehung der Forderung durch den Abschluß eines Vertrages in Zukunft ist dem Parteiwillen anheimgestellt. Hier ist in der Tat nur ein quantitativer Unterschied gegeben. Richtig aber ist, worauf auch Stickel (S. 15) hinweist, daß die Gleichsetzung von bedingter und künftiger Forderung dem Gesetz widerspricht. So ist nach § 883, I Satz 2 BGB die Eintragung einer Vormerkung auch zur Sicherung „eines künftigen oder eines bedingten Anspruchs zulässig“. Die gleiche Gegenüberstellung findet sich etwa auch in §§ 1113, II, 1204, II und 1209 BGB. Daraus kann nur der Schluß gezogen werden, daß das Gesetz einen Unterschied macht zwischen bedingter und zukünftiger Forderung. Der umgekehrte Schluß, aus dem Nebeneinander und der Gleichartigkeit der Behandlung sei die Gleichsetzung zu entnehmen, läßt sich nicht mit der rationellen Gesetzestechnik im BGB vereinbaren. Zudem kommt, daß bei aufschiebender Bedingung bereits ein gegenwärtig bestehendes Anwartschaftsrecht gegeben ist, das Verfügungsobjekt sein kann. Auch die-

²⁰⁸⁾ DJZ 1904, 428–29; BA VII, 277; ihm folgt Wild, S. 8–9

²⁰⁹⁾ a. A. etwa Ramsauer, S. 31–32

ser Umstand nötigt dazu, scharf zwischen bedingter und künftiger Forderung zu unterscheiden²¹⁰). Dagegen hat die befristete Forderung als eine zukünftige zu gelten. Bei ihr ist nicht nur die Möglichkeit der Geltendmachung, sondern auch die Entstehung auf einen zukünftigen Termin festgesetzt.

Die Position 2. der Einteilung durch v. Tuhr stellt ebenfalls keine echten zukünftigen Forderungen dar. Ihr Entstehungstatbestand ist bereits mit dem Rechtsverhältnis gegeben. Nicht ihre Wirksamkeit bedarf noch des Eintritts weiterer Tatsachen, sondern die Möglichkeit ihrer Geltendmachung. Das wird vom Gesetz bestätigt. In § 559 Satz 2 BGB werden gegenübergestellt „künftige Entschädigungsforderungen“ und der Mietzins „für eine spätere Zeit als das laufende und das folgende Mietjahr“. Zutreffend ist der Mietzins hier nicht als „zukünftig“ bezeichnet, sondern im Gegenteil gegenüber einer zukünftig vielleicht entstehenden Forderung abgesetzt.

Dagegen sind die in Ziffer 3. genannten Forderungen aus noch nicht bestehenden Rechtsverhältnissen zukünftige Forderungen. Von ihrem Entstehungstatbestand ist noch nichts verwirklicht.

Oertmann gliedert folgendermaßen²¹¹):

1. Forderungen, für die in rechtsverbindlicher Weise der Grund gelegt ist, bei denen aber zu ihrer tatsächlichen Entstehung noch irgendwelche Tatbestandselemente hinzutreten müssen;
2. Forderungen, die aus einem bestehenden „Urschuldverhältnis“ erwachsen können;
3. Forderungen, bei denen noch überhaupt keine rechtsgeschäftlichen Entstehungsmomente vorhanden sind.

Diese Einteilung hält Schenkel (S. 14 ff.) für zutreffend. Ihm kann nur teilweise gefolgt werden. Positiv ist bei dieser Einteilung zu werten, daß bedingte und betagte Forderungen nicht als künftige aufgeführt werden. Die Ziffer 1. deckt sich aber mit der durch v. Tuhr vorgeschlagenen Ziffer 2. weitgehend. Die Formulierung ist zwar besser, da nicht von der Wirksamkeit, sondern von der „tatsächlichen Entstehung“ gesprochen wird. Doch sind solche Forderungen nicht denkbar. Wenn für Forderungen bereits bindend der „Grund gelegt“ ist, ist damit ihre Entstehung abschließend umschrieben. Später hinzutretende Tatbestandselemente können lediglich für ihre Geltendmachung von Bedeutung sein. Das zeigt sich auch daran, daß in der Rechtsprechung anerkannt ist, daß etwa der Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten mit Zustellung der Klageschrift „latent“²¹²) entsteht. Völlig anders ist es bei der Ziffer 2. des Vorschlags

²¹⁰) s. auch v. Tuhr I, S. 224–225; Stickel, S. 19; Fischer, S. 18–19; RG JW 1910, 747

²¹¹) Oertmann, §§ 398, 399, Anm. 1 g; ähnl. Gliederung auch bei Süß, S. 44

²¹²) Ausdruck von Kohler, AfBR 18, 88; ansonsten vgl. RGZ 145, 15; neuerdings OLG Karlsruhe NJW 1958, 1879; BGH NJW 1959, 287

von Oertmann. Hier handelt es sich um wirkliche zukünftige Forderungen. Das bestehende „Urschuldverhältnis“ ist nur Voraussetzung, nicht aber Ursache ihrer Entstehung. Das kann sich – um den Unterschied zu verdeutlichen – am Mietvertrag zeigen. Der für den später fällig werdenden Mietzins erforderliche Entstehungstatbestand ist mit dem Abschluß des Mietvertrages gegeben. Im Laufe der vorgesehenen Abwicklung des Vertragsverhältnisses wird die Geltendmachung der Mietzinsforderung möglich werden. Nicht aber ist schon mit dem Abschluß des Mietvertrages eine Forderung etwa aus der Verletzung dieses Vertrages entstanden. Sie kann erst dann entstehen, wenn der Vertrag tatsächlich verletzt wird. Das aber liegt erst in der zukünftigen Entwicklung der Vertragsbeziehung begründet. Das hat zur Folge, daß zwischen Ziffer 2. und Ziffer 3. der Oertmann'schen Einteilung kein wesentlicher Unterschied gesehen werden kann. Beide umschreiben zukünftige Forderungen.

Große Verdienste um die Entwicklung des zukünftigen Rechts hat sich v. Ohmeyer erworben. Seine Ausführungen basieren jedoch auf österreichischem Recht. Sie sind daher nur mit Vorbehalt auf die deutschen Verhältnisse zu übertragen, insbesondere deshalb, weil der Bedingungseintritt im österreichischen Recht – entgegen unserem § 159 BGB²¹³⁾ – rückwirkende Kraft hat. Von Ohmeyer schlägt folgende Einteilung vor²¹⁴⁾:

1. Rechte, welche bei ihrem Entstehen an die Stelle des gegenwärtigen Rechtes treten, z. B. das künftige Eigentum des Gläubigers an der ihm vom Schuldner kraft des Herausgabeanspruchs zu leistenden Sache;
2. Rechte, welche einem gegenwärtig bestehenden Grundverhältnis entspringen;
3. „Werdende“ oder auch „unfertige“ Rechte, bei denen noch nicht alle Entstehungsmerkmale gegeben sind, z. B. bei dem Erbrecht nach seinem Anfall, aber vor der Annahmeerklärung des Erben, also bei der – im BGB ausgeschlossenen – *hereditas iacens*;
4. „Gehoffte“ Rechte, z. B. der Anspruch auf Mietzins aus der Vermietung eines derzeit noch nicht bewohnten – und auch noch nicht vermieteten – Hauses.

Die beiden letzten Ziffern bringen zukünftige Rechte: ihr Entstehungstatbestand ist noch nicht oder noch nicht ganz eingetreten. Im übrigen aber sind die Rechte als gegenwärtige zu qualifizieren. Von Ohmeyer widerlegt sich selbst bezüglich der Ziffer 1., wenn er (S. 20) sagt: „Das Sacheigentum resultiert hier unmittelbar aus der Realisierung des präsenten Forderungsrechtes, es ist . . . in diesem eingeschlossen.“ Auch das weiterhin gebrachte Beispiel des Rechts auf das Auseinandersetzungsguthaben zum präsenten Gemeinschaftsrecht hat als

²¹³⁾ vgl. auch BGH NJW 1953, 1099–1100

²¹⁴⁾ v. Ohmeyer, S. 20 ff., bes. S. 26–27

ein Fall gegenwärtigen Rechtes zu gelten. Auch bei der Ziffer 2. läßt sich der Charakter als zukünftiges Recht nicht halten. Von Ohmeyer sagt (S. 21) selbst, das Obligationsverhältnis in seiner Gesamtheit bilde „die Basis“ für die einzelnen zukünftigen Ansprüche; der konstitutive Akt, der den Grund zur Existenz des Rechts legt, sei zur Zeit bereits vollzogen und es mangle nur noch an bestimmten weiteren Voraussetzungen, welche den Eintritt des Rechts bedingen würden. Nicht der Eintritt des Rechts ist bedungen, sondern der Eintritt der Möglichkeit seiner Durchsetzung.

Die Behandlung der wichtigsten Vorschläge im Schrifttum war nötig, um die Schwierigkeiten und Probleme bei der Begriffsbestimmung der zukünftigen Forderung aufzuzeigen, und damit zugleich ihr Wesen herauszuarbeiten. Der Streit um die Abtretbarkeit der zukünftigen Forderungen wird verständlicher, wenn man die bereits beim Begriff beginnende Uneinheitlichkeit berücksichtigt. Es hat sich gezeigt, daß lediglich zwei Anhaltspunkte für eine Definition gegeben sind: 1. der Gegensatz zum gegenwärtigen Recht, 2. das Abstellen auf das Entstehen, nicht aber auf die Geltendmachung.

So hat man den Begriff der „Zukünftigkeit“ der Forderung dahin zu bestimmen²¹⁵):

Zukünftig ist eine Forderung dann, wenn es zu ihrer Entstehung noch wenigstens eines Tatbestandselementes bedarf, oder wenn noch sämtliche Tatbestandselemente fehlen, deren Eintritt zwar objektiv ungewiß ist, subjektiv aber vom Gläubiger mit hinreichender Sicherheit erwartet wird.

Damit ist auch die Abgrenzung vorgenommen zu rein tatsächlichen, völlig unbegründeten „Hoffnungen“ oder „Erwartungen“²¹⁶), die nicht als zukünftige Rechte gelten können.

b) Historische Entwicklung der Abtretung

Bevor auf den Streit um die Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen im einzelnen eingegangen werden kann, ist ein kurzer Blick auf die geschichtliche Entwicklung der Abtretung zu werfen. Die Entwicklung der Forderungsabtretung im römischen Recht²¹⁷) ist ein Musterbeispiel der Anpassung des Rechts an wirtschaftliche Notwendigkeiten. Ursprünglich war die obligatio ein derart strenges persönliches Band zwischen den Parteien, daß eine Abtretung der Forderung undenkbar erscheinen mußte. So heißt es in Inst. 3, 13 pr.: obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secun-

²¹⁵) ähnl. Schenkel, S. 7, 9; s. auch Süß, S. 6; v. Tuhr, DJZ 1904, 428; v. Ohmeyer, S. 16; Fischer, S. 17

²¹⁶) Hedemann, Schuldrecht, S. 193

²¹⁷) vgl. zum folgenden: Maier, a. a. O.; Ramsauer, S. 10–12; Kaser I, S. 545–547; Enn.-Lehmann, S. 298–299; Sticke, S. 7–9; Fränkel, ZHR 66, 318–322; Schumann, S. 14–17, 65–66; Riegel, S. 15–17; Schenkel, S. 3–4; Windscheid-Kipp, § 225, Anm. 6; § 335, Anm. 12; RG JW 1891, 137–138; RGZ 4, 111–115; 8, 193–194; OLG (Hamburg) 4, 213–214

dum nostrae civitatis iura. Das wird auch zum Ausdruck gebracht in D. 7, 1, 25, 2: non solet stipulatio semel cui quaesita ad alium transire nisi ad heredem vel adrogatorem. Diese Betonung des persönlichen Charakters des schuldrechtlichen Bandes entsprach nicht der wirtschaftlichen Entwicklung. So half man sich mit der – zulässigen – Novation. Doch war dieser Weg unvorteilhaft, da er die Mitwirkung des Schuldners erforderte. Daher kam man dann über die actio alieno nomine zu der – zuerst beim Erbschafts Kauf durch Rescript des Antoninus Pius, später allgemein gegebenen – actio utilis. Mit der denuntiatio hatte man es dann erreicht, das selbständige Recht, eine fremde Forderung auszuüben, übertragen zu können.

Das ältere deutsche Recht betonte die enge Bindung nicht so sehr, so daß einer grundsätzlichen Zulassung der Abtretung nichts im Wege stand. Doch war hier der Einfluß des römischen Rechts sehr bedeutend. Das führte dazu, daß die Mitwirkung des Schuldners im Prinzip verlangt wurde. Erst im Gemeinen Recht setzte sich der deutsch-rechtliche Standpunkt der Abtretbarkeit der Forderungen durch. Forderungen aller Art, insbesondere auch zukünftige, waren ohne Einschränkung abtretbar. Das kommt auch in I, 11, § 393 ALR zum Ausdruck. Dieser Rechtszustand war zur Zeit der Einführung des BGB gegeben. Gleich nach dem Jahre 1900 wurde die Frage der Abtretbarkeit von Forderungen streitig. Anstoß dazu gaben die Entscheidungen OLG (Hamburg) 4, 213–214; OLG Naumburg, Recht 1902, S. 234, Nr. 1116 und RGZ 55, 334–335. Im Anschluß daran wurde, besonders in der DJZ, heftig um die Lösung des Problems gekämpft. Den vorgebrachten Argumenten ist nun nachzugehen.

c) Der Streit um die Abtretbarkeit

Eine Fülle von Begründungen wurde im Laufe der Zeit für und gegen die Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen vorgebracht. Die wichtigsten sind im folgenden zu untersuchen.

aa) Gründe gegen die Abtretbarkeit und deren Würdigung

Verschiedentlich wurde gegen die Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen geltend gemacht, sie sei aus dem Wesen der Abtretung als eines abstrakten Rechtsgeschäftes undenkbar. Genauso wenig, wie man eine noch nicht bestehende Sache übereignen könne, lasse sich auch „eine noch nicht ins Leben getretene Forderung durch Abtretung übertragen“²¹⁸⁾. Dieses Argument beruht auf einer unzulässigen Gleichstellung der Übereignung von Sachen mit der Forderungsabtretung. Letztlich ist es eine Verknennung des wesentlichen Unterschiedes zwischen Sachen und Rechten. Bei dem körperlichen Substrat der Sache bedarf es zur Übereignung der Übergabe. Sie ist in der Tat unmöglich,

²¹⁸⁾ so Straus, DJZ 1903, 342; Eccius, DJZ 1904, 54; ders., GruchB 48, 467; 53, 1

dagegen richtig: RGZ 67, 167; Lippmann, DJZ 1904, 256; v. Tuhr, DJZ 1904, 427; Süß, S. 5; Haas, 54; Stöckel, S. 22; RGRK, § 398, Anm. 2; Brandes, S. 58; Schenkel, S. 26; Hirsch, S. 37

solange das Objekt der Übergabe noch nicht existiert. Bei Forderungen fehlt aber ein derartiger „Verlautbarungstatbestand“. Daher verlangt das Gesetz bei Forderungen auch keine Übergabe, § 398 BGB. Das Argument wird also entkräftet aus dem sich aus der Natur der Verfügungsgegenstände ergebenden Unterschied, der in dem Erfordernis der Übergabe bei Sachen seinen gesetzlichen Niederschlag gefunden hat. Irrig ist die Auffassung von Bergk (S. 77–80), nach welcher der Unterscheidung in der Übertragung keine durchgreifende Bedeutung zukommen soll. Richtig ist, daß Gegenstand der Verfügung immer ein Recht ist²¹⁹). Dennoch muß bei körperlichen Sachen zur Übereignung noch die Übergabe kommen. Die Möglichkeit der Übergabesurrogation, §§ 930, 931 BGB besagt – im Gegensatz zu Bergk (S. 78) – nicht das Gegenteil, sondern setzt die Notwendigkeit der Übergabe gerade voraus.

Eccius²²⁰), ein erklärter Gegner der Vorausabtretung, geht ebenfalls von der Natur der Abtretung als einer Verfügung aus. Er sagt, die Verfügung setze notwendigerweise die Existenz des Verfügungsgegenstandes voraus. Er stellt also nicht ab auf den Gegensatz zwischen Übereignung von Sachen und Abtretung von Forderungen, sondern sieht die Verfügung ganz allgemein. So kommt er zu der schlagwortartigen Formulierung: Die Verfügung über ein *non ens* ist ein Nonsens. Diese Ausdrucksweise leuchtet ein. Dennoch ist sie als Argument gegen die Abtretbarkeit fehlerhaft. Stichel (S. 21) weist mit Recht darauf hin, daß es eine falsche Fragestellung bedeutet, wenn man das Problem faßt: Kann eine künftige Forderung schon vor ihrer Entstehung Gegenstand einer Verfügung sein? Es geht vielmehr darum²²¹): Kann eine Verfügung in der Weise getroffen werden, daß sie eine erst in Zukunft entstehende Forderung im Augenblick ihrer Entstehung unmittelbar, d. h. ohne weiteres Hinzutun der Parteien, ergreift? Die zukünftige Forderung ist also der Gegenstand der Verfügung. Verfügt wird bereits jetzt, wirksam soll die Verfügung aber erst im Moment der Entstehung der Forderung werden. Sie bezieht sich somit nicht auf die nichtexistierende Forderung, sondern auf die existente Forderung, wenn sie zur Entstehung gelangt ist²²²). Bereits frühzeitig hat das RG (RGZ 67, 167) darauf hingewiesen, daß das Bestehen des Verfügungsobjektes bei Vornahme der Verfügung nicht erforderlich sei. Völlig verfehlt ist demgegenüber der Hinweis durch Eccius (DJZ 1904, 55) auf § 2033, II BGB. Einmal ist ihm mit Stichel (S. 25) und Riegel (S. 37) entgegenzuhalten, daß § 2033 BGB den Anfall der Erbschaft bereits voraussetzt. Zum andern aber ist § 2033, II BGB eine Sondervorschrift, die sich aus dem Wesen der Erbengemeinschaft als einer Gesamthandsgemeinschaft rechtfertigt und daher für das vorliegende Pro-

²¹⁹) s. auch v. Tuhr, I, 318–319; Riegel, S. 28; Larenz I, 284. Die gleiche Folgerung wie Bergk zieht daraus Wild, S. 12

²²⁰) Eccius, DJZ 1904, 54; GruchB 48, 465–467; 53, 1–2; bejahend Fischer, S. 29–31; dagegen richtig z. B. Schumann, S. 108–109; v. Tuhr, BA VII, 277; Süß, S. 14

²²¹) ähnl. Riegel, S. 27; Ramsauer, S. 48; Schenkel, S. 20; v. Ohmeyer, S. 25

²²²) so auch Stichel, S. 22; ähnl. Riegel, S. 28

blem keine Aussagekraft besitzt. Wie auch schon Lippmann (DJZ 1904, 257) betont, ergibt sich aus der Stellung der Abtretung im System keineswegs, daß sie sich nur auf bereits existente Forderungen beziehen könne.

Auch aus dem Wortlaut des § 398 BGB will Eccius²²³⁾ das Verbot der Vorausabtretung schließen. Eine zukünftige Forderung habe noch keinen „Gläubiger“; also könne auch kein Gläubiger über sie verfügen, wie es aber § 398 BGB verlange. Das Argument ist ungefährlich. Grünebaum (Recht 1909, 663) weist zutreffend darauf hin, daß für die Terminologie des Gesetzes der Normalfall ausschlaggebend sein müsse. Der übliche Fall ist der, daß die Forderung besteht und damit zugleich einem Gläubiger zusteht. Daher ist es richtig, daß das Gesetz nicht etwa noch den Begriff des „zukünftigen Gläubigers“ geprägt hat. Dieser Ausdruck wäre im übrigen abzulehnen. Aus der Natur der Vorausabtretung folgt zudem, daß ein solcher Begriff überflüssig ist. Da die Forderung erst bei ihrer Entstehung von der Vorausverfügung ergriffen wird, in diesem Moment aber – ohne die Vorausverfügung – dem Verfügenden zugeordnet wäre, kann auch dieser Fall unter den Wortlaut des § 398 BGB gefaßt werden. Auch der Zweck des § 398 BGB steht dieser Meinung nicht entgegen. Mit dieser Vorschrift folgte das Gesetz dem Zweck, die in der geschichtlichen Entwicklung der Forderungsabtretung aufgetauchten Schwierigkeiten klar dahin zu lösen, daß die Abtretung mit der Folge unmittelbaren Forderungsübergangs ohne Mitwirkung des Schuldners möglich sei²²⁴⁾. Die Motive zum BGB (Mot. II, 118) stellen klar, daß die Forderungsabtretung die Natur einer Sonderrechtsnachfolge hat. Das ergibt sich im übrigen auch aus den §§ 401, 404, 405, 406 BGB. Der neue Gläubiger tritt an die Stelle des bisherigen Gläubigers, § 398 Satz 2 BGB. Daraus kann aber das Verbot der Vorausabtretung nicht gefolgert werden. Auch bei der Vorauszession, deren Wirksamkeit erst bei Entstehung der Forderung eintritt, wird nur die Rechtsstellung des Abtretenden übertragen²²⁵⁾. Bergk²²⁶⁾ lehnt die Vorausabtretung deshalb ab, weil die Vorstellung eines künftigen Anspruches eine „Irrealität“ sei. Eine solche Vorstellung könne nur eine Negative zum Gegenstand haben. Das künftige Recht könne höchstens formelle Bedeutung haben, so etwa in § 253 ZPO. Die Berufung auf § 253 ZPO ist irrig. In dem in der Klageschrift anzugebenden Anspruch ist zwar nur ein vom Kläger behaupteter Anspruch zu sehen. Damit ist er jedoch keineswegs ein zukünftiger. Daher ist auch der h. M.²²⁷⁾ zuzustimmen, die dem (stattgebenden) Urteil deklaratorische, nicht aber konstitutive Wirkung zuspricht. Die h. M. setzt damit die Gegenwärtigkeit des Anspruchs voraus. Bergk's Ansicht ist entgegenzuhalten, daß das Gesetz – wie gezeigt –

223) Eccius, DJZ 1904, 55; GruchB 53, 2; ihm folgend u. a. Bergk, S. 71, 100; Fischer, NJW 1959, 366–367; gegen Fischer mit Recht Wunschel, NJW 1959, 654

224) vgl. Stöckel, S. 26; Riegel, S. 36; Fischer, S. 21; Süß, S. 22; RGZ 55, 335

225) ähnl. Stöckel, S. 27–28

226) Bergk, S. 99; dagegen Brandes, S. 61

227) s. für alle Lent, ZPO, S. 164–166

in verschiedenen Fällen die derzeitige Verwendungsmöglichkeit zukünftiger Rechte statuiert. Dem Zukunftsmoment ist damit bei Forderungen die Irrealität genommen. Wenn Bergk (S. 100) zur Unterstützung seines Arguments noch darauf verweist, bei der zukünftigen Forderung sei auch der § 404 BGB nicht anwendbar, da vor der Forderung noch keine Einwendungen gegen sie bestehen könnten, so ist ihm zwar bezüglich der Ausführungen zu § 404 BGB recht zu geben. Der Schluß hieraus auf die Unübertragbarkeit kann im Ernst nicht aufrecht erhalten werden. Es ist eine Verwechslung von Ursache und Wirkung. Auch sein Hinweis auf § 829 ZPO geht fehl. Richtig ist, daß die gemäß § 829, III ZPO für die Bewirkung der Pfändung wesentliche Zustellung an den Drittschuldner praktisch unmöglich ist, da noch kein Drittschuldner vorhanden ist. Damit ist jedoch noch nichts gewonnen, was gegen die Übertragbarkeit zukünftiger Ansprüche sprechen würde. So ist auch der bisweilen²²⁸⁾ zu findende Hinweis auf § 400 BGB unzutreffend. Der Zweck des § 400 BGB ist ein ganz anderer, als etwa Aussagen über das Verbot der Abtretung zukünftiger Forderungen zu machen. Diese Vorschrift soll dem Schutz des Gläubigers dienen, indem es ihn vor der Abtretung für ihn lebenswichtiger Ansprüche bewahrt. Der § 400 BGB läßt im Interesse des Gläubigers aus sozialen Gründen die Abtretung nicht zu, was bereits zutreffend von RGZ 67, 16 betont wird. Um sich die Aufzählung im einzelnen zu ersparen, konnte der Gesetzgeber bei der Schaffung des BGB insoweit auf die bereits in der ZPO festgelegten Fälle verweisen. Gleiches ist – entgegen Bergk (S. 101/102) – zu der Heranziehung des § 1274 BGB zu sagen.

Der Umstand, daß keines der gegen die Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen geltend gemachten Argumente einer kritischen Würdigung standhält, spricht für die Abtretbarkeit, aber er beweist sie noch nicht. Daher ist die Untersuchung der für die Möglichkeit der Abtretung gegebenen Begründungen erforderlich.

bb) Vermeintliche Gründe für die Abtretbarkeit

Unter Hinweis auf die Zulässigkeitserklärung der Vorauszession durch das RG eröffnete Heuer²²⁹⁾ im Jahre 1903 in der DJZ die Diskussion. Er sprach sich für die Abtretbarkeit aus und stellte folgende Überlegung an: Nachdem die Zession mit Bedingungen verknüpft werden kann, muß es auch möglich sein, die Abtretung unter der Bedingung des Entstehens der abgetretenen Forderung vorzunehmen. Dieser Gedankengang ist dann zu billigen, wenn die Entstehung der Forderung als Bedingung aufgefaßt werden kann. Wie aus § 158 BGB zu entnehmen ist, werden bei einer echten Bedingung Beginn oder Beendigung der Wirkungen eines Rechtsgeschäftes vom Eintritt eines ungewissen Ereignisses in der Zukunft abhängig gemacht. Bei der Vorausabtretung aber ist es anders: die Abtretung wird unbedingt vorgenommen, sie kann aber ihre Rechtswirkungen

²²⁸⁾ hierzu s. Süß, S. 24; Fischer, NJW 1959, 367; gegen Fischer: Wunschel, NJW 1959, 654

²²⁹⁾ Heuer, DJZ 1903, 28–29

erst mit dem Entstehen der Forderung in der Zukunft entfalten. Die Entstehung der Forderung ist also notwendige gesetzliche Voraussetzung. Damit ist sie nicht echte Bedingung im Sinne des § 158 BGB, sondern *conditio iuris*, sog. Rechtsbedingung. Dieses Argument ist daher unzutreffend und kann nichts über die Zulässigkeit der Vorausabtretung aussagen²³⁰).

Folgerichtig führt Heuer auch die §§ 308, 437 BGB an, aus denen sich die Möglichkeit der Vorauszession ergebe. Dem ist entgegenzuhalten, daß die Zession eine Verfügung ist, die §§ 308, 437 BGB aber Fragen schuldrechtlicher Art behandeln. Der Verweis auf die Vorschriften ist also ungerechtfertigt²³¹). Schantz (S. 15) entgegnet zu Recht, man könne sich nur dann auf die §§ 308, 437 BGB berufen, wenn man diese Vorschriften mißverstehe.

Das gleiche ist zu der Ansicht von Staub (DJZ 1903, 360) zu sagen, wonach das BGB in § 312 beweise, daß es die Abtretung künftiger Rechte nicht für unmöglich halte. Die Vorschrift bezieht sich nur auf den obligatorischen Vertrag zwischen künftigen gesetzlichen Erben. Für die Abtretung als dingliches Geschäft kann sie nichts aussagen²³²).

Abrahamsohn (DJZ 1903, 343) glaubt ein Argument für die Zulässigkeit dem § 717 Satz 2 BGB entnehmen zu können. Er trennt dabei jedoch nicht zwischen Entstehung der Forderung und der Möglichkeit ihrer Geltendmachung. Bereits der Wortlaut der Bestimmung spricht gegen Abrahamsohn. Übertragbar sind nämlich Ansprüche, die dem Gesellschafter aus seiner Geschäftsführung „zustehen“, soweit deren Befriedigung vor der Auseinandersetzung „verlangt“ werden kann. Aus §§ 721, 738 BGB folgt, daß auch der Anspruch auf den Gewinnanteil und der Anspruch bei Auseinandersetzung der Gesellschaft bereits gegenwärtige Rechte sind, die lediglich noch nicht geltend gemacht werden können. Der Hinweis auf § 717 Satz 2 BGB ist also – wie Schantz es ausdrückt – unzulänglich²³³).

Heuer (DJZ 1903, 29) verweist auch auf die Möglichkeit, sein ganzes Vermögen zu übertragen, wie sie in § 311 BGB vorausgesetzt werde. Daher müsse man auch die zukünftigen Forderungen übertragen können. Schon Straus (DJZ 1903, 342) hat zutreffend dagegen eingewandt, das sei logisch unhaltbar. Die Vorschrift sagt nichts über die Abtretung zukünftiger Forderung. Nicht aber deshalb, weil die zukünftige Forderung keinen Vermögenswert hat – die vermögensmäßige Betrachtungsweise ist hier unangebracht –, sondern deshalb, weil zukünftige Forderungen nicht den bestehenden, nur zur Zeit unbekannten Forderungen zugerechnet werden dürfen.

²³⁰) so auch Stöckel, S. 31; Riegel, S. 38; Fischer, S. 22; auch schon Eccius, DJZ 1904, 54; GruchB 48, 470; 53, 3

²³¹) vgl. auch Straus, DJZ 1903, 342; Ramsauer, S. 39–40; Süß, S. 37–39; Stöckel, S. 29; Riegel, S. 37; Brandes, S. 57; Haas, S. 53

²³²) Abl. auch RG JW 1907, 245; Stöckel, S. 30; Riegel, S. 38; Süß, S. 30; Ramsauer, S. 40

²³³) Schantz, S. 15; s. auch Brückmann, AfBR 28, 263; Fischer, S. 23

Von Tuhr²³⁴⁾ will von der Möglichkeit der Abtretung bedingter Forderungen den Schluß auf die Zulässigkeit der Abtretung zukünftiger Forderungen ziehen. In Übereinstimmung mit Stichel (S. 31) halte ich das Argument für nicht stichhaltig. Es wurde schon gezeigt, daß das Gesetz in vielen Fällen bedingte und künftige Rechte nebeneinander stellt. Daraus kann nur geschlossen werden, daß es sich um verschiedenartige Rechte handelt und somit nicht von einem auf das andere geschlossen werden darf.

Von diesen gesetzlichen Bestimmungen gehen Lippmann und Grünebaum aus²³⁵⁾. Sie sagen: Nach §§ 1113, II, 1204, II BGB ist die Bestellung einer Hypothek oder eines Pfandrechts für künftige Rechte möglich. Sowohl die Hypothek als auch das Pfandrecht kann grundsätzlich übertragen werden. Aus dem Prinzip der Akzessorietät (§§ 1153, 1250 BGB) geht damit auch die zukünftige Forderung, für welche die Sicherheit bestellt ist, mit über. Daraus ergibt sich, daß das Gesetz die Übertragbarkeit zukünftiger Rechte anerkennt. Dem kann nicht gefolgt werden²³⁶⁾. Die Akzessorietät kann nicht dazu benutzt werden, von der Forderung zu der für sie bestellten Sicherheit zu gelangen. Die Wirkungen dieses Grundsatzes gehen gerade in umgekehrter Richtung: von der Sicherung auf die zugrunde liegende Forderung. Damit ist bereits der Ansatzpunkt der Beweisführung verfehlt und es entsteht ein „Musterbeispiel für einen Zirkelschluß“. Ramsauer (S. 45) führt mit Recht aus, auf diesem Wege könne man auch beweisen, daß nicht übertragbare Forderungen übertragbar seien, etwa dadurch, daß man sich für den Anspruch aus § 1300 BGB, der nach § 1300, II BGB grundsätzlich unübertragbar ist, eine Hypothek bestellen lasse und diese übertrage, um den Nachweis zu führen, der Anspruch sei dennoch übertragbar.

Ich halte auch die Heranziehung der §§ 573, 574, 1124, 1126 Satz 3 BGB, 21, II KO, 832, 833 ZPO nur für einen vermeintlichen Grund²³⁷⁾. Alle diese Fälle betreffen erst in der Zukunft fällig werdende Rechte, über die bereits jetzt verfügt worden ist. Ihr Entstehungstatbestand ist aber mit dem zugrunde liegenden Miet- oder Dienstvertragsverhältnis schon vollkommen umschrieben. Diese Ansprüche entstehen mit Abschluß des jeweiligen Vertrages. Aus dem Schutzzweck der Vorschriften heraus wird das bestätigt. Das Zukunftsmoment ergreift nur ihre Geltendmachung. So zeigt sich beispielsweise bei § 573 BGB, daß die Verfügung des Vermieters über den – gegenwärtig schon bestehenden, nur auf die Zeit der Berechtigung des Erwerbers „entfallenden“, d. h. während dieser Zeit fällig werdenden – Mietzins grundsätzlich gültig ist. Sie soll lediglich aus Schutzgründen nur für einen beschränkten Zeitraum wirksam sein.

Ähnlich ist bei den übrigen Vorschriften zu argumentieren.

²³⁴⁾ DJZ 1904, 428; BA VII, 277

²³⁵⁾ Lippmann, DJZ 1904, 256–257; Grünebaum, DJZ 1905, 801

²³⁶⁾ vgl. auch Ramsauer, S. 45; Stichel, S. 32; Riegel, S. 39

²³⁷⁾ a. A. Stichel, S. 34–37; Grünebaum, Recht 1909, 661–662; teilweise auch Süß, S. 30; richtig Fischer, NJW 1959, 367

cc) Zutreffende Gründe

Schon zu Beginn der Diskussion um die Zulässigkeit der Vorausabtretung wurde von Rechtsprechung und Schrifttum ein Argument gebracht, das ich als echten, zutreffenden Grund ansehen möchte²³⁸⁾. In seiner ersten einschlägigen Entscheidung nach Einführung des BGB hat das RG im Jahre 1903 die Zulässigkeit der Abtretung künftiger Forderungen, zu denen noch nicht einmal der Grund vorhanden ist, deren Entstehung vielmehr nur als möglich vorausgesetzt wird, bejaht. Das RG bezog sich dabei auf das Urteil des gleichen Gerichts vom 20. 1. 1891 – III 231/90 –, dem Gemeines Recht zugrunde gelegen hatte. Damals war festgestellt worden: Die Zulässigkeit sei jetzt unbestritten (für das Gemeine Recht), ebenso der mit der Entstehung der Forderung sich unmittelbar vollziehende Übergang derselben auf den Zessionar. Zur Rechtslage nach dem Jahre 1900 (Art. 1 EGBGB) wurde vom RG in der Entscheidung von 1903 erklärt, das BGB entscheide die Frage nicht ausdrücklich. Auch sei weder aus sonstigen Bestimmungen noch aus den Beratungen bei der Schaffung des BGB zwingend zu entnehmen, daß sich die Rechtslage gegenüber derjenigen im Gemeinen Recht nun geändert haben solle. M. E. ist das richtig. Den Autoren des BGB war die im Gemeinen Recht herrschende Auffassung bekannt; hätten sie Abweichendes bestimmen wollen, wäre das im BGB niedergelegt worden. Bei der umfassenden Kodifizierung konnte eine so wichtige Frage nicht übergangen werden.

Weiterhin wird meist angeführt das dringende Bedürfnis nach Zulässigkeit der Vorausabtretung. Wenn man dieses in der Tat bestehende Bedürfnis nur als Ausgangspunkt zur Beweisführung benutzt, gibt es ebenfalls einen zutreffenden Grund ab. Das Bedürfnis allein beweist noch nichts. Aber es wird dann zu einem echten Argument, wenn man – wie das RG (DJZ 1903, 573) formuliert – bedenkt, daß dessen „Nichtbefriedigung, falls sie vom BGB gewollt wäre, sicher nicht ohne nähere Begründung geblieben wäre“. Insoweit nähert sich der Hinweis auf das wirtschaftliche Bedürfnis dem bereits angeführten zutreffenden Grund, welcher aus der Entstehungsgeschichte des BGB folgt.

Es ist wohl eine falsche Methode, aus einzelnen Vorschriften unseres Rechts auf eine nicht bestehende Vorschrift schließen zu wollen, die den Wortlaut hätte: Die Abtretung ist auch dann zulässig, wenn sie sich auf zukünftige Forderungen bezieht (etwa als § 398, II BGB). Die Einzelschriften sind alle mehr oder minder²³⁹⁾ ergiebig für die vorliegende Frage. Des Beweises durch spezielle Regelungen bedarf es m. E. nicht. Es genügt, daß die Erscheinung des künftigen Rechts unserer Rechtsordnung nicht fremd ist. Das allerdings – und nur das –

²³⁸⁾ RGZ 55, 334–335 = DJZ 1903, 573 = SA 59, 313–314; Heuer, DJZ 1903, 28; Süß, S. 26; Stichel, S. 42;

zweifelnd: Straus, DJZ 1903, 342; Ramsauer, S. 36; Bergk, S. 69; Schenkel, S. 21; Riegel, S. 43; Fischer, S. 20–21

²³⁹⁾ s. Fischer, S. 25

läßt sich aus dem Gesetz entnehmen, wobei auch auf ganze Rechtsinstitute, wie etwa den Kontokorrent-Vertrag²⁴⁰⁾, verwiesen sei. Solange und soweit das Gesetz die wirtschaftliche Verwertung dieses ihm bekannten Rechtsgebildes der zukünftigen Forderung nicht ausdrücklich verbietet, muß sie zulässig sein.

Noch eine weitere Erwägung ist anzustellen. Sie klang bereits bei der Würdigung von Gegenargumenten an. Wenn die Vorausabtretung sich nicht mit der Natur der Verfügung in Einklang bringen läßt, muß ihre Zulässigkeit abgelehnt werden. Die Verfügung ergreift das Recht, auf das sie sich bezieht, „unmittelbar“. Die Unmittelbarkeit des Eintritts der Verfügungswirkung ist nicht in zeitlichem Sinne zu verstehen²⁴¹⁾; sie deutet nur darauf hin, daß kein weiteres rechtsgeschäftliches Handeln erforderlich ist. Es gehört nicht zum Wesen der Verfügung, daß der Verfügungsgegenstand im Augenblick der Verfügung besteht. Die Verfügungswirkung muß nicht sofort möglich sein²⁴²⁾. Bei beweglichen Sachen scheitert die Vorausverfügung aus praktischen Gründen. Die zur Verfügung gehörige Übergabe kann nicht vorgenommen werden, solange die Sache nicht existiert. Bei der Vorausabtretung besteht diese Schwierigkeit nicht. Hier kann, obwohl der Verfügungsgegenstand noch nicht existiert, der gesamte Verfügungstatbestand verwirklicht werden. Logische Gründe zwingen jedoch zu dem Schluß, den das RG schon sehr früh – in RGZ 67, 167 – zog, daß die Abtretung zukünftiger Forderungen erst im Entstehungsmoment der Forderung wirksam werden kann. Die Verfügung wird jetzt vorgenommen, wirksam wird sie erst später. Die Natur der Verfügung steht dem nicht entgegen. Das Gesetz kennt in § 185, II BGB eine derartige „Zergliederung der Verfügung“ in Vornahme und Wirksamkeit²⁴³⁾.

Daher lag es nahe, den § 185, II BGB als Argument für die Vorausabtretung heranzuziehen. Unter analoger Anwendung dieser Vorschrift kam man von der Zulässigkeit der Verfügung über fremde Rechte zu der Zulässigkeit der Abtretung zukünftiger Forderungen. Die Analogie führte über den analogen Obersatz²⁴⁴⁾: Erwirbt der Verfügende den Verfügungsgegenstand, wird die von ihm vorher getroffene Verfügung wirksam.

Ich halte diese Analogie für unzulässig. Schenkel (S. 32–34) macht gegen die Analogie zu § 185, II BGB geltend, der Normzweck passe nicht, da der Ver-

240) Lippmann, DJZ 1904, 258; v. Tuhr, BA VII, 277; Stickel, S. 40

241) ebenso Stickel, S. 33

242) s. schon RGZ 67, 167; Staub, DJZ 1903, 361; v. Ohmeyer, S. 24; Stickel, S. 23 mit weiteren Nachweisen

243) Riegel, S. 29

244) hierzu Bartholomeyczik, S. 83–91; für eine Analogie sprachen sich u. a. aus: v. Tuhr, DJZ 1904, 427–430; ders., BA VII, 277; Müller, GruchB 54, 235–237; Eberhard, GruchB 56, 56; Ramsauer, S. 54, 59; Stickel, S. 38; Riegel, S. 44–45; neuerdings wieder Wunschel, NJW 1959, 654; dagegen z. B. Eccius, GruchB 48, 466–467; 53, 5–6; Barth, GruchB 58, 611–612; v. Ohmeyer, S. 24; Bergk, S. 82–83; Fischer, S. 26–27; ders., NJW 1959, 367

fügende bei der Verfügung über die fremde Sache den Willen habe, der Verfügungsgegenstand solle sofort ergriffen werden, während hier die Wirkung der Abtretung erst bei Entstehung der Forderung eintreten solle. Dieses Bedenken kann jedoch nicht geteilt werden. Abgesehen davon, daß auch bei Verfügungen über fremde Sachen ausdrücklich auf die Regelung des § 185, II BGB Bezug genommen werden kann, sagt der Wille des Verfügenden nichts aus über den Normzweck. Gegen diesen Analogie-Schluß ist ein anderer Einwand zu erheben: es fehlt die für jede Analogie erforderliche²⁴⁵⁾ Gesetzeslücke. Solange mit Mitteln der Auslegung geholfen werden kann, ist für die Analogie als Akt der „Rechtsschöpfung“ kein Raum. Die Auslegung ist aber hier möglich, und zwar in Form des *argumentum a fortiori*²⁴⁶⁾. Wenn man – für den Fall des späteren Erwerbs – über eine Forderung, die jetzt noch einem anderen Rechtssubjekt zugeordnet ist, wirksam verfügen kann, muß man erst recht über eine Forderung verfügen können, die jetzt noch niemandem, bei ihrem Entstehen aber dem Verfügenden selbst zustehen würde. Das Verhältnis zwischen fremder und zukünftiger Forderung ist insofern nicht das einer „Gleichstufigkeit“, sondern die fremde Forderung ist dadurch „stärker“, als sie bereits einem fremden Rechtskreis angehört. So betrachtet, läßt sich in der Tat ein Argument für die Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen aus § 185, II BGB gewinnen. Nicht aber durch Analogie, auch nicht durch Analogie o d e r Auslegungs-Schluß²⁴⁷⁾, sondern nur durch das *argumentum a fortiori*.

dd) Ergebnis: Die Abtretung zukünftiger Forderungen ist zulässig

Es hat sich gezeigt, daß gegen die Abtretbarkeit zukünftiger Forderungen keine stichhaltigen Argumente vorgebracht werden konnten. Wenn auch viele Gründe, die dafür sprechen sollten, nur vermeintliche Gründe waren, erwiesen sich einige doch als durchschlagend. So einmal der Umstand, daß das Gesetz die im Gemeinen Recht bejahte Frage nicht – in anderem Sinne – entschieden hat, unterstützt durch die Tatsache, daß ein dringendes wirtschaftliches Bedürfnis zur Verwendbarkeit auch dieser Forderungen besteht. Dazu kam, daß das Gesetz zukünftige Forderungen als Rechtsobjekte anerkennt. Es ist nicht einzusehen, daß sie dann nicht übertragbar sind, solange die Vorausabtretung nicht gesetzlich verboten ist. Auch widerspricht die Vorausverfügung nicht dem Wesen der Verfügung, und sie ist bei Forderungen praktisch durchführbar. Lediglich tritt ihre Wirksamkeit erst bei Entstehung der Forderung ein, wobei auch das *argumentum a fortiori* aus § 185, II BGB für die Abtretbarkeit geltend

²⁴⁵⁾ Bartholomeyczik, S. 79–83; vgl. auch Enn.-Nipperdey, 1. Halbb., S. 210

²⁴⁶⁾ v. Tuhr, DJZ 1904, 427; ders., BA VII, 277; Süß, S. 28; Enn.-Lehmann, S. 312; Bedenken hat v. Caemmerer, JZ 1953, 98; zutreffend Flume, NJW 1959, 916 mit Anm. 14

²⁴⁷⁾ insoweit unklar: Stickle, S. 38

zu machen ist. Mit der heute durchaus h. M.²⁴⁸⁾ bin ich daher der Auffassung, daß die Abtretung zukünftiger Forderungen grundsätzlich zulässig ist. Wie Schumann (S. 109–111) ausführt, ist im französischen und englischen Recht die Übertragbarkeit zukünftiger Forderungen nicht bestritten, soweit die Forderungen nicht völlig unbestimmt sind.

3. Die Frage der Bestimmbarkeit der zukünftigen Forderung

a) Allgemeines

An der grundsätzlichen Zulässigkeit der Vorausabtretung wird nichts dadurch geändert, daß man etwa die Abtretung sämtlicher Ansprüche mit Recht für nichtig erklärt²⁴⁹⁾. Die Begründung hierfür ergibt sich aus §§ 138, 310 BGB, da die wirtschaftliche Freiheit durch solche Vereinbarungen zu stark eingeschränkt wird.

Die wichtigste Frage bei der Vorausabtretung ist das Problem der Bestimmbarkeit der abzutretenden Forderung. In diesem Erfordernis ist nicht etwa eine Einschränkung der Zulässigkeit der Vorauszession zu sehen, sie wird im Gegenteil als zulässig vorausgesetzt. Das Bestimmbarkeitserfordernis erklärt sich aus dem Wesen der Abtretung als einer Verfügung. Seine Grundlage ist somit rechtskonstruktiver Natur. Dem Bestimmtheitsgrundsatz bei Verfügungen²⁵⁰⁾ ist dann Genüge getan, wenn der Verfügungsgegenstand eindeutig individualisiert werden kann. Bei der Übereignung von Sachen sind die Schwierigkeiten in der Regel geringer, als dies bei Forderungsabtretung der Fall ist. Das erklärt sich aus dem Umstand, daß Forderungen und Rechte kein körperliches Substrat haben, sondern „der gedachten Welt“ angehören, wie es das RG in RGZ 67, 167 formuliert hat. Eine bewegliche Sache kann konkret bezeichnet werden. Eine Forderung, oder allgemein ein Recht, ist nur zu beschreiben. Dennoch ist

²⁴⁸⁾ Die Abtretung zukünftiger Forderungen bejahen z. B. Heuer, DJZ 1903, 28–29; Abrahamsohn, DJZ 1903, S. 343; Staub, DJZ 1903, 360; Lippmann, DJZ 1903, 471; 1904, 255–258; v. Tuhr, DJZ 1904, 426; BA VII, 277; Grünebaum, DJZ 1905, 802; Recht 1909, 662; RGRK, § 398, Anm. 2; Staudinger-Werner, § 398, Anm. 2; Erman-Westermann, § 398, Anm. 6; Süß, S. 39; Rühl, S. 45; Stichel, S. 48, 58; Riegel, S. 45; Schenkel, S. 30; Hauß, S. 74; Schuman, S. 108; Stulz, S. 21; Jacusiell, S. 83; Hirsch, S. 36; Weinhausen, S. 91; Brandes, S. 63; Scholz, S. 339, N. 219; Koch, S. 47; Haas, S. 51, 56; Joel, BA XXIX, 311; Schwartz, IHK, S. 29; Liebstaedter, IKH, S. 238; Heck, Schuldrecht, S. 203; Enn-Lehmann, S. 302–303; Titze, S. 117; Larenz I, 290; Esser, S. 230; Leonhard, S. 655; Trost-Schütz, S. 363–364; Flume, NJW 1950, 845; Dempewolf, NJW 1956, 851; Eichhorn, DB 1954, 532; Hufnagel, NJW 1952, 490; Wunschel, NJW 1959, 654; auch das RG in ständiger Rechtsprechung ab RGZ 55, 334–335; 67, 166–168; gute Zusammenstellungen der sehr umfangreichen Rechtsprechung der OLG und des RG bei Stichel, S. 47; Riegel, S. 46; Brandes, S. 64–67; auch der BGH läßt die Abtretbarkeit zu; vgl. BGHZ 7, 367; BGH BB 1958, 170; 1959, 759 = NJW 1959, 1536; BGH NJW 1959, 1539–1540

Ablehnend dagegen Straus, DJZ 1903, 342; Eccius, DJZ 1904, 53; GruchB 48, 465–470; 53, 1–7; Barth, GruchB 58, 612; Bergk, S. 17; Langheineken, S. 55; Brückmann, AfBR 28, 259
Zweifelnd: Henle, S. 679; Oertmann, §§ 398/399, Anm. 1 g; ders., JR 1934, 37; v. Caemmerer, JZ 1953, 98; Fischer, S. 16, 41; neuerdings wohl auch Mückenberger, NJW 1958, 1755; vgl. auch Fischer, NJW 1959, 366–368 unter Hinweis auf Westermann, Interessenkoll., S. 18

²⁴⁹⁾ so z. B. RGZ 67, 168; Süß, S. 39; Schumann, S. 112; Weinhausen, S. 91; zweifelnd v. Tuhr, BA VII, 278; s. aber noch in DJZ 1904, 429

²⁵⁰⁾ Westermann, SR, S. 15

der Bestimmtheitsgrundsatz auch bei Forderungsabtretungen nicht zu entbehren. Einmal erfordert die Verfügung als ein die Zuordnungsverhältnisse betreffendes Rechtsgeschäft aus ihrem Wesen heraus Eindeutigkeit. Zum andern zwingt auch der Rechtsverkehr, das Interesse Dritter – insbesondere der Gläubiger und Schuldner – zu möglichst weitgehender Klarheit. Die mangels eines Verlautbarungstatbestandes bestehenbleibende Rechtsunsicherheit wird durch das Gesetz bei der Forderungsabtretung zugunsten der Schuldner ausgeglichen, §§ 404 ff. BGB.

Im Augenblick der Vornahme der Verfügung muß der Verfügungsgegenstand eindeutig bestimmt sein. Die Verfügung ist wirksam, wenn ihr gesamter Tatbestand verwirklicht worden ist. Während etwa bei der Übereignung beweglicher Sachen noch die Übergabe oder ihr Surrogat zur Einigung hinzukommen muß, ist die Abtretung ein reiner Konsensualvertrag. Da der Gegenstand der Abtretung seiner Natur nach nur umschrieben werden kann, ist es sinnvoll, bei der Zession an die Stelle der Bestimmtheit im Prinzip die Bestimmbarkeit zu setzen. Damit ist der Bestimmtheitsgrundsatz nicht aufgehoben, sondern er wird bestätigt. Die Modifizierung hin zur Bestimmbarkeit trägt lediglich dem Charakter der Forderung als des Verfügungsgegenstandes Rechnung. Sie bedeutet, daß es bei objektiver Betrachtungsweise einem mit den Verhältnissen des Einzelfalles Vertrauten ohne unüberwindliche Schwierigkeiten möglich sein muß, die abzutretende Forderung eindeutig zu bestimmen. Ausgangspunkt für die Bestimmbarkeit muß der Abtretungsvertrag sein. Eventuell erforderliche weitere Unterlagen – etwa Rechnungen – sind jedoch ebenfalls zur Bestimmbarkeit heranzuziehen²⁵¹).

Es leuchtet ein, daß die Frage der Bestimmbarkeit bei Vorausabtretungen von besonderer Bedeutung ist. Zu dem Unsicherheitsmoment jedes „gedachten“ Gegenstandes kommt hier noch das Zukunftsmoment hinzu. Der Faktor des Zukünftigen bei der Vorausabtretung darf jedoch nicht zu einer Aufweichung der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit führen. Er wird bereits durch die Verfügung selbst aufgefangen, indem der Eintritt der Wirksamkeit der Verfügung bis zur Entstehung der Forderung hinausgeschoben wird. Das hat für die Frage der Bestimmbarkeit zur Folge, daß sie sich nicht verändert: soll die Verfügung wirksam sein, bedarf es im Augenblick der Vollendung des Verfügungstatbestandes eines bestimmten bzw. bestimmbaren Gegenstandes²⁵²). Auf diese Weise ist

²⁵¹) Betrachtet man die Bestimmbarkeit, die Riegel (S. 51) treffend als „umschreibende Bezeichnungsmöglichkeit der Forderung“ definiert, lediglich als eine Frage der Vertragsauslegung, wie es wohl das RG in LZ 1928, 182 tut, wird man der sich aus dem Wesen der Forderung ergebenden Bestimmbarkeit nicht gerecht. Folgerichtig wollen daher etwa Brandes, S. 70–72, Scheld, JW 1938, 6 und Schenkel, S. 41 auf den Begriff der Bestimmbarkeit zugunsten der Bestimmtheit verzichten; das ist abzulehnen.

²⁵²) nicht aber schon zur Zeit der Abtretung, wie es OLG Hamm BA XXX, 444 und Fischer, S. 55–56 meinen; richtig dagegen: Rühl, S. 46; Jacusiel, S. 84; Staehelin, S. 54; Boesebeck, JW 1936, 2308; Flume, NJW 1950, 845, Anm. 24 mit Nachweisen; Ludewig, DB 1951, 589; Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 27; Erman-Westermann, § 398, Anm. 6; Larenz I, 290; Blomeyer, S. 297; Hees, MDR 1955, 526; Hochgürtel, S. 54–55 mit Angaben; OLG Köln BB 1953, 898; irrig Fischer, NJW 1959, 368–369.

die Vorausabtretung hinsichtlich der Bestimmbarkeit gleichgestellt der Abtretung gegenwärtiger Forderungen.

Es ist allgemein anerkannt, daß bei Forderungsabtretung – im Gegensatz etwa zur Übereignung – Bestimmbarkeit ausreicht. Bei Abtretung zukünftiger Forderungen braucht die Person des Schuldners und der Schuldgrund nicht von vornherein im einzelnen festzustehen. Doch müssen hinreichende Anhaltspunkte gegeben sein, um die Feststellung bei Entstehen der Forderung treffen zu können. Bereits zu Beginn der Auseinandersetzung um die Frage der Vorauszession ist immer wieder darauf hingewiesen worden²⁵³), daß die zukünftigen Forderungen nach Gegenstand und Umfang konkretisierbar sein müssen, wenn man ihre Abtretbarkeit bejaht. Im Laufe der Zeit hat sich die Bestimmbarkeit als das Hauptproblem bei der Vorausabtretung erwiesen²⁵⁴). Fälle, in denen die Individualisierung Schwierigkeiten bereitete, kamen in großer Anzahl vor das RG, und oft wurde der Abtretung die Wirksamkeit versagt, weil eine eindeutige Bestimmbarkeit im Moment des Entstehens der im voraus abgetretenen Forderung nicht möglich war. Dabei hat die Rechtsprechung dieses rechtstechnische Moment der Bestimmbarkeit zukünftiger Forderung – bei Anerkennung der Zulässigkeit der Vorauszession, setzt doch die Behandlung der Bestimmbarkeit die Möglichkeit der Abtretung voraus – nicht immer in gleicher Weise ausgelegt. Da die Bestimmbarkeit derart im Mittelpunkt der Problematik um die Vorausabtretungsklausel steht und ihre Auswirkungen von besonderer praktischer Bedeutung sind, ist die Darstellung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu dieser Frage unumgänglich.

b) Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dieser Frage

aa) Die frühere Rechtsprechung

Die Rechtsprechung des RG zur Frage der Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderung hat sich im Laufe der Zeit gewandelt. Bis zum Jahre 1932 wurde in verschiedenen Entscheidungen die soeben dargelegte Auffassung bestätigt, daß bei Forderungsabtretung im Gegensatz zur Übereignung von Sachen bereits Bestimmbarkeit dem Bestimmtheitsgrundsatz bei Verfügungen genüge. Das wurde als Grundsatz auch nach 1932 beibehalten, nur wurden die Anforderungen an die Bestimmbarkeit erheblich erhöht.

Die frühere Rechtsprechung des RG ist jedenfalls zu bejahen. Sie verlangte im Einzelfall, daß bei Wirksamwerden der Vorauszession Gegenstand und Um-

²⁵³) s. z. B. Heuer, DJZ 1903, 29; v. Tuhr, DJZ 1904, 428–429; BA VII, 277; Süß, S. 40–41; s. auch Dreher, AcP 138, 350–372; vorher schon RGZ 20, 237

²⁵⁴) was sich etwa auch aus BGHZ 7, 367–368 ergibt; s. auch Hochgürtel, S. 45–46, 52; Hirsch, S. 51–52; Brandes, S. 68–69 mit Nachweisen; neuerdings wieder BGH BB 1959, 355 = DB 1959, 430

fang der Forderung bestimmbar seien. Bereits in einer sehr frühen Entscheidung, RGZ 20, 234 ff., nahm das RG Stellung zu dieser Frage. Noch vor endgültiger Feststellung seines Miterbenanteils hatte ein Miterbe von dem ihm zustehenden Erbanspruch einen Teilbetrag abgetreten. Die Klage wurde zwar mangels Bestimmtheit der Forderung abgewiesen. In der Begründung (S. 237) aber wird ausgeführt, die Rechtswirksamkeit der Zession sei deshalb ausgeschlossen, weil die abgetretene Forderung „unbestimmt geblieben und nach der Lage der Sache auch nicht bestimmbar“ sei. Im Urteil RGZ 31, 280 wird hinsichtlich einer noch nicht festgesetzten Enteignungsentschädigung festgestellt, die Verpflichtung zur Zahlung eines Kaufgeldes stehe immerhin schon vorher fest „und die gesetzlich geordnete Bestimmbarkeit derselben ist der Bestimmtheit gleich zu achten“.

Dabei beruft sich das RG auf I, 11, §§ 46 ff. ALR. Auch RGZ 67, 166 ff. bestätigt die Gleichsetzung von Bestimmbarkeit und Bestimmtheit bei der Vorauszession. In dieser Entscheidung wird (S. 168) von „der erforderlichen Bestimmtheit und Bestimmbarkeit der zukünftigen Forderung“ gesprochen. Aus dem Zusammenhang ist zu ersehen, daß es besser gewesen wäre, zu formulieren: „Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit“.

So ist denn auch im Urteil RGZ 75, 228, das ausdrücklich auf RGZ 67, 168 Bezug nimmt, davon die Rede, die Vorausverfügung leiste in dem konkreten Fall „den Anforderungen an Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit, die im Interesse der Rechtssicherheit zu stellen sind, kein Genüge“.

RGZ 90, 249 hält die Abtretungserklärung „wegen des Fehlens der für Abtretung erforderlichen Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Gegenstandes“ für wirkungslos. Zu der Frage der Gültigkeit der Abtretung künftiger Forderungen in Höhe der jeweils im Betrag wechselnden gewährten und zu gewährenden Vorschüsse hat RGZ 92, 239 ausgeführt, einer solchen Vereinbarung müsse wegen der Unbestimmtheit und – sogar – Unbestimmbarkeit des Vertragsgegenstandes der Rechtsschutz versagt werden.

Die RG-Entscheidung in JW 1932, 1655 erklärt, die Abtretung zukünftiger Forderung sei nach ständiger Rechtsprechung des RG rechtswirksam, wenn u. a. das Erfordernis erfüllt sei, daß die Forderung als „ausreichend bestimmbar“ bezeichnet werden könne. Die anfängliche Einstellung des RG wird noch einmal zusammengefaßt in der Entscheidung in JW 1932, 3174–3176, mit zustimmender Anmerkung von Isele. Dabei betont das RG, es komme nur auf den Vertragsinhalt, nicht aber auf außerhalb des Vertrages liegende Umstände an, wenn es um die Frage der Klarheit des Abtretungsvertrages gehe. Unter Berücksichtigung des Abtretungsvertrages sei die Vorauszession zulässig, „vorausgesetzt, daß die abgetretenen Forderungen mit hinreichender Deutlichkeit bestimmt oder wenigstens bestimmbar sind“ ...

Die frühere Rechtsprechung des RG ging also dahin, den einzelnen Abtretungsvertrag daraufhin zu untersuchen, ob die abgetretene Forderung im Augenblick ihres Entstehens nach Gegenstand und Umfang bestimmbar war. Lag Bestimmbarkeit vor, war die Abtretung wirksam.

bb) Die Rechtsprechung ab RGZ 136, 100 ff.

Von besonderer Bedeutung für das Thema der Arbeit ist die Rechtsprechung des RG nach dem Jahre 1932 zu der Frage der Bestimmbarkeit bei der Vorausabtretung von Forderungen. Diese Rechtsprechung ist daher in ihren Grundzügen aufzuzeigen. Der II. Zivilsenat hatte sich von 1932 bis 1938 in fünf vorliegenden Urteilen mit dem Problem zu befassen, nachdem der vEV – in der kapitalarmen Zeit nach dem ersten Weltkrieg entwickelt und bis zur Wirtschaftskrise 1930 bis 1933 ausgebaut – sich damals in den meisten ALB befand²⁵⁵). Die rechtstatsächliche Situation ist der heutigen insofern gleichzusetzen, als die Vorausabtretungsklausel auch heute in der überwiegenden Mehrzahl der ALB zu finden ist. Fast in jedem zu entscheidenden Fall prüfte das RG die Bestimmbarkeit der im voraus abgetretenen Forderungen.

In RGZ 136, 100 ff. war vom VBV an den VBK Zucker geliefert worden. Der Zucker wurde teilweise vom VBK gelagert und anschließend in kleineren Partien verkauft, teilweise aber auch auf Anweisung des VBK direkt von der Zuckerfabrik (VBV) an einen Drittabnehmer geliefert. In den ALB hieß es u. a.:

„Käufer ist ermächtigt, trotz Eigentumsvorbehalts die erhaltene Ware im ordnungsmäßigen Geschäftsverkehr zu veräußern. Wird die Ware vor der Bezahlung weiterveräußert, so geht der dafür erzielte Erlös bzw. die durch den Weiterverkauf entstandene Forderung auf die vorerwähnte Rohzuckerfabrik (die Lieferantin) über.“

Das RG ließ die Vereinbarung der Vorausabtretungsklausel zu. Es hob hervor, der Bestimmbarkeit stehe nicht entgegen, daß die Person des Schuldners oder der Inhalt des abgetretenen Anspruchs im Zeitpunkt der Abtretungserklärung nicht bezeichnet werden könne. Es genüge vielmehr, daß dies im Zeitpunkt der Wirksamkeit der Abtretung möglich sei. Bei Veräußerung einer bestimmten Sache sei die Ermittlung des abgetretenen Anspruchs möglich. Sowohl die Person des Erwerbers als auch die von ihm zu bewirkende Leistung seien mit den üblichen Beweismitteln, insbesondere den Geschäftsbüchern der Beteiligten, feststellbar. Das habe auch dann zu gelten, wenn Teile einer größeren Menge an verschiedene Personen veräußert werden. Das RG weist darauf hin, daß Schwierigkeiten der Bestimmbarkeit dann entstehen könnten, wenn die Sache mit einer gleichartigen vermischt und dann veräußert würde oder wenn Gegenstände verschiedener Herkunft zu einem Einheitspreise verkauft würden. Vermischung oder gemeinsamer Verkauf habe aber nicht stattgefunden.

²⁵⁵) hierzu und zum folgenden darstellend: Barkhausen, NJW 1949, 845–847; v. Wehner, S. 50–61

In RGZ 142, 139 ff. war ein Wanderrost unmittelbar an den Ort geliefert worden, an dem er vom VBK in einem Dampfkessel einzubauen war. Die dem Kaufvertrag zugrunde liegenden ALB bestimmten u. a.:

„Das Eigentum an dem Lieferungsgegenstand geht erst nach Eingang aller Zahlungen auf den Besteller über . . . Bei Weiterverkauf vor Vollzahlung des Lieferpreises gilt die Forderung des Bestellers an den Dritten in Höhe des restlichen Lieferpreises an den ursprünglichen Lieferer abgetreten.“

Aus zwei Gründen kam das RG dazu, der Vorausabtretungsklausel die Wirksamkeit abzusprechen. Einmal stellten die ALB auf die Forderung aus einem Weiterverkauf ab, während sich die Forderung des VBK aus einem Werklieferungsvertrag ergab²⁵⁶⁾. Zum andern – stellte das RG fest – könne die künftige Forderung nicht „insoweit“ abgetreten werden, „als in ihr das Entgelt für das Rohmaterial eines gewissen Lieferanten“ stecke.

Interessanter ist die Entscheidung RGZ 149, 96 ff., in der Bestandteile für die Herstellung einer Kesselanlage – Bleche, Böden, Wellrohre – geliefert worden waren. Aus den ALB ist von Bedeutung:

„Im Falle der Weiterveräußerung der von uns gelieferten Waren vor oder nach deren Verarbeitung geht zur Sicherung unserer Ansprüche die Kaufpreisforderung an den Erwerber mit ihrer Entstehung in Höhe unserer noch offenen Forderung ohne weiteres auf uns über.“

Die Waren waren bestellt worden zur Erledigung eines bereits vorliegenden „Auftrags“ des Drittabnehmers. Schuldgrund und Umfang der abzutretenden Forderung standen also bereits im Augenblick der Lieferung durch den VBV fest. Dennoch hat das RG die Vorausabtretungsklausel für unwirksam erklärt. Ausgangspunkt für das RG war der Umstand, daß sich der VBV mit seiner Klage nicht auf einen besonderen Vertrag, sondern auf die Klausel in den ALB stützte. Diese Lieferungsbedingungen seien als „typische Urkunden“ zu behandeln, da sie ersichtlich dazu bestimmt sind, die Gesamtheit der Lieferungsverträge der Klägerin in einem über den einzelnen Oberlandesgerichtsbezirk hinausgehenden Gebiet einheitlich zu regeln. Als „typische Urkunden²⁵⁷⁾“ seien sie der freien Auslegung des Revisionsgerichts unterworfen. Die Auslegung könne nur aus dem Inhalt der Bedingungen selbst erfolgen, wobei „alles Zufällige des einzelnen Streitfalls beiseite bleiben“ müsse²⁵⁸⁾. Zwar sei für den vorliegenden Fall der Weiterveräußerung an einen einzigen Drittabnehmer Bestimmbarkeit im Augenblick der Wirksamkeit der Abtretung gegeben. Aber die ALB seien nicht allein auf diesen Fall zugeschnitten. Sie sollten nach Sinn und Zweck auch dann gelten, wenn an mehrere Drittabnehmer geliefert worden sei. Dann aber sei es völlig unklar, ob in diesem – denkbaren – Fall die Forderung an die ver-

²⁵⁶⁾ Von dieser Scheinbegründung kam das RG später wieder ab; s. RGZ 149, 100; 155, 30; bestätigt durch BGH NJW 1958, 417

²⁵⁷⁾ hierzu: RGZ 81, 118–120; 96, 209; 144, 304; 148, 44; 153, 63; OGH NJW 1949, 943; BGHZ 7, 368

²⁵⁸⁾ so neuerdings wieder OLG Stuttgart NJW 1958, 1875

schiedenen Erwerber jedesmal in voller Höhe der noch offenstehenden Forderungen auf den VBV übergehen solle oder ob eine verhältnismäßige Verteilung vorgesehen sei. Eine solche Verteilung liefe im übrigen wieder auf die unzulässige „Insoweit-Abtretung“ hinaus. Da die ALB nur in einem bestimmten Fall – dem hier vorliegenden – den Umfang der Abtretung genau bestimmen ließen, könnten sie nicht als genügend für das Erfordernis der Bestimmbarkeit der abzutretenden Forderung anerkannt werden.

Die Rechtsprechung wurde bestätigt von dem Urteil RGZ 155, 26 ff. Hier hatten verschiedene Firmen Steinzeugplatten und anderes Material für einen dem VBK bereits erteilten „Auftrag“ geliefert, Fliesenarbeiten in verschiedenen Heeresbauten auszuführen.

Die Lieferung der Steinzeugplatten war unter Bezugnahme auf die ALB des betreffenden Verbandes erfolgt. Darin hieß es u. a.:

„Alle Forderungsrechte an Abnehmer unseres Käufers, die aus der Weiterveräußerung, gegebenenfalls auch einschließlich Verarbeitung der von uns unter Eigentumsvorbehalt gelieferten Waren herrühren, sind in voller Höhe – also auch einschließlich des in dem Forderungsrecht des Käufers steckenden Gewinns oder anderweitiger Gegenwerte – zur Sicherheit der uns noch zustehenden Kaufpreisforderungen mit Abschluß des Weiterveräußerungsvertrages an uns abgetreten . . .“

Das RG hielt diese Bestimmung zwar für eindeutig für den Fall, daß die Ware als solche weiterverkauft wird. Aber das könne bei ALB als „typischen Urkunden“ nicht genügen. „Die abgetretene Forderung ist nur dann bestimmbar, wenn kein Fall denkbar ist, in dem ihre nur gattungsmäßige Bezeichnung zu Zweifeln Anlaß gibt.“ Zwar solle bei Weiterverkauf der Ware nach den ALB die gesamte Kaufpreisforderung übergehen. „Dagegen ist die Abrede unklar für den Fall, daß die Platten von dem Erstkäufer als Material für ein von ihm auf Grund eines einheitlichen Bauvertrags zu errichtendes Bauwerk angeschafft worden sind und in dieses eingebaut werden.“ Der Umfang der Abtretung sei in diesem Fall unbestimmt. Es sei nicht mit genügender Klarheit ersichtlich, ob in einem solchen Falle Abtretung „in voller Höhe“ oder Teilabtretung in Höhe des Gegenwertes gemeint sei. Es könne im übrigen nicht beabsichtigt sein, daß die vielleicht sehr hohe Bauforderung auf einen Lieferanten übergehe, der eventuell nur eine geringe „Zutat“ geliefert habe.

Noch deutlicher kommt die Stellungnahme des RG in dieser Zeit zur Frage der Bestimmbarkeit in der Entscheidung JW 1939, 563–564 zum Ausdruck. Der VBK hatte aus vom VBV gelieferten Blechen Fässer hergestellt und sie weiterverkauft. Die Vorausabtretungsklausel hatte die Fassung:

„Wird die Ware seitens des Käufers an einen Dritten ausgeliefert . . . , so tritt hierdurch mein Käufer die ihm aus dem Weiterverkauf gegen den Dritten zustehende Forderung mit dinglicher Wirkung an mich ab.“

Das RG lehnte die Gültigkeit der Vorausabtretungsklausel ab. Es sei zu fordern, daß sich die abgetretenen Forderungen im Wege einer vernünftigen Auslegung der Verkaufsbedingungen nach Gegenstand und Umfang hinreichend bestimmen ließen. Diese Bestimmbarkeit müsse allgemein möglich sein. Sie sei nur dann vorhanden, wenn kein Fall denkbar sei, in dem zu Zweifeln Anlaß bestehe. „Dagegen genügt es nicht, daß die Bestimmbarkeit gerade in dem gegenwärtig zur Entscheidung stehenden Falle möglich ist . . . Die Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderung muß . . . in jedem Falle gewährleistet sein, in dem die Verkaufsbedingungen denkbarenweise eingreifen sollen.“ Aus der Vorausabtretungsklausel sei nicht ersichtlich, inwieweit die Forderung in dem Falle abgetreten sei, in welchem die verkauften Fässer aus Blechen des VBV und Blechen anderer Lieferanten hergestellt seien. Die ALB gäben keinen Aufschluß darüber, ob dann abgetreten sei die gesamte Kaufpreisforderung, ein dem „Entgelt“ für das gelieferte Rohmaterial entsprechender Teil oder ein Bruchteil im Verhältnis der bei der Herstellung verarbeiteten Bleche.

Die letzte hier in Betracht kommende Entscheidung des RG – in DR 1940, 581 bis 583 – stammt vom VII. Zivilsenat. Er bestätigt die Rechtsprechung des II. Zivilsenats in vollem Umfang. Hier ging es um die Lieferung von Konstruktionsmaterial (Winkelleisen, Flacheisen, Rundstahl, Grobbleche). Der VBV sandte die Waren unmittelbar an die ihm vom VBK – einem Handelsunternehmen – benannten Abnehmer. Die Person des Schuldners und die Höhe der Forderung standen also fest. In den ALB war u. a. vorgesehen:

„Wird die Ware veräußert, so wird der Veräußerungspreis in Höhe der noch aus der Lieferung ausstehenden Forderung abgetreten; wenn die Waren an verschiedene Erwerber veräußert worden sind, wird der Veräußerungspreis an alle Erwerber in der ganzen vorgenannten Höhe abgetreten.“

Die Vorausabtretungsklausel wurde nicht für gültig angesehen. Das RG führt aus, die abgetretene künftige Forderung müsse in den Verkaufsbedingungen für jeden denkbaren Fall so bestimmt bezeichnet sein, daß im Zeitpunkt der Wirksamkeit der Abtretung über ihren Umfang kein Zweifel bestehe. Auf Grund der ALB bleibe es ungewiß, in welchem Umfange die Forderung abgetreten sei, wenn der mögliche und naheliegende Fall eintrete, daß der VBK die Ware zusammen mit anderen Waren – eventuell noch nach Verarbeitung – zu einem Gesamtpreis veräußere. Der Umstand, daß im vorliegenden Streitfall die EV-Ware auf Weisung des VBK an die Drittabnehmer direkt weiterveräußert worden sei, könne an diesen Zweifeln nichts ändern. Das Vorliegen dieses Sachverhaltes sei nur eine Zufälligkeit. Da in anderen denkbaren Fällen mangelnde Bestimmbarkeit vorliege, hat das RG auch in dieser Entscheidung die Gültigkeit der Vorausabtretungsklausel abgelehnt.

cc) Kritik dieser Rechtsprechung

Übersieht man die soeben dargestellten 6 RG-Entscheidungen (seit 1932), so ist auffällig, daß das RG – mit Ausnahme von RGZ 136, 100 ff. – jedesmal zur Ablehnung der Gültigkeit der in den ALB vorgesehenen Vorausabtretungsklauseln kam; das mit der Begründung, der Umfang der im voraus abgetretenen Forderung sei nicht genügend bestimmt.

Besonders aufschlußreich ist ein Vergleich zwischen der ersten und der letzten der geschilderten Entscheidungen²⁵⁹). Sachverhaltsmäßig ergeben sich weitgehend Parallelen. Jeweils hatte der VBV auf Anweisung des VBK direkt an den Drittabnehmer geliefert. In beiden Fällen war im Augenblick der Lieferung Gegenstand und Umfang der abgetretenen Forderung bestimmt. In beiden Fällen hat das RG die Frage aufgeworfen, inwieweit die Forderung abgetreten sei, wenn die EV-Ware nach Vermischung (bzw. Verarbeitung) weiterveräußert oder wenn sie zusammen mit anderen Waren zu einem Gesamtpreis weiterverkauft worden sei. Jedesmal war dem Wortlaut der ALB insofern keine klare Lösung zu entnehmen. In der ersten Entscheidung sagte das RG bei diesem Sachverhalt: „Das schließt aber die Zulässigkeit und Wirksamkeit der Forderungsabtretung insoweit nicht aus, als eine Vermischung oder ein gemeinsamer Verkauf mit anderen Sachen nicht stattgefunden hat.“ Bis 1940 hatte sich die Rechtsprechung des RG aber grundlegend gewandelt. Ausgehend vom Wesen der ALB als „typischen Urkunde“ hatte sich das RG die formale Berechtigung geschaffen, die ALB selbständig auszulegen. Diese Auslegung der ALB ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles führte dazu, einen „denkbaren Fall“ zu konstruieren, in dem die Forderungsabtretung auf Grund der ALB am Mangel der Bestimmbarkeit scheitern konnte. Bei der letzten der geschilderten Entscheidungen wird nun – im Gegensatz zur ersten – gefordert, daß die ALB in jedem denkbaren Fall den Umfang der abzutretenden Forderung bestimmen müßten. Man stellt also nicht mehr ab auf den einzelnen Fall, in dem genügende Bestimmung vorlag, sondern auf alle denkbaren Fälle. Versagen die ALB bei einem denkbaren Sachverhalt hinsichtlich der Bestimmbarkeit, wird die Klage mangels Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderung abgewiesen.

Diese Rechtsprechung ist in Ergebnis und Begründung abzulehnen. Es ist leicht, einen „denkbaren“ Fall zu finden, der nach dem reinen Wortlaut der ALB nicht hinreichend geregelt ist, um so zur Ablehnung der Vorausabtretungsklausel zu kommen. Darüber hinaus bedeutet diese Rechtsprechung des RG, daß auf Grund der hohen Anforderung an die Vorausabtretungsklausel in den ALB praktisch die Möglichkeit der Sicherung des VBV auf diesem Wege ausgeschaltet ist²⁶⁰).

²⁵⁹) vgl. auch Barkhausen, NJW 1949, 846

²⁶⁰) so z. B. auch v. Caemmerer, JZ 1953, 97; Kurtenbach, S. 84

Dieses Ziel hat das RG erreicht. Hier zeigt sich ein klassischer Fall der Verfolgung rechtspolitischer Ziele mit rechtstechnischen Mitteln. Man muß ein solches Vorgehen als mißbräuchlich bezeichnen. Flume (NJW 1950, 846) spricht m. E. zu Recht von einer „Verkenning der richterlichen Aufgabe“ und einer Kompetenzüberschreitung. Der Richter hat den einzelnen Fall zu entscheiden. Er hat seine Entscheidung nicht an einem denkbaren Fall zu orientieren, um so zu einem rechtspolitisch erwünschten Ergebnis zu kommen. Die praktischen Folgen dieser Rechtsprechung waren bedeutsam: der vEV in dieser Form war wertlos geworden. Das mag mit dazu beigetragen haben, daß am 18. 3. 1938 durch ein Rundschreiben des Leiters der Reichsgruppe Industrie²⁶¹⁾ den 31 Wirtschaftsgruppen empfohlen wurde, in ihren Lieferbedingungen keine über den einfachen EV hinausgehenden Klauseln zu verwenden.

Es ist richtig, wenn man bei Vorausabtretungen den Bestimmtheitsgrundsatz besonders beachtet²⁶²⁾. Aber unrichtig ist es, den Bestimmtheitsgrundsatz als Vorwand für rechtspolitisch erwünschte Ziele zu benutzen. Andernfalls ist die Rechtsprechung zugleich Rechtsreform. Das RG gesteht selbst ein, daß sein Meinungswandel aus rechtspolitischen Erwägungen heraus letztlich reformatorische Zwecke verfolge²⁶³⁾. In der letzten Entscheidung (DR 1940, 583) sagt das RG wörtlich: „Man muß hier nach dem Vorbild der bisherigen Entscheidung des RG einen strengen Maßstab anlegen, schon mit Rücksicht auf die eingangs hervorgehobene Bedenklichkeit derartiger Abmachungen überhaupt, welche einem hemmungslosen Wettlauf der Unternehmer Tür und Tor öffnen, schließlich auch dazu führen können, daß in den Warenlagern der Vorbestellkäufer nichts mehr vorhanden ist, was ihnen feststellbarermaßen gehört. Das wäre ungesund und mit einer geregelten Finanzwirtschaft kaum vereinbar.“

Gleichgültig, ob der anzulegende Maßstab streng ist oder nicht: jedenfalls muß er an den zur Entscheidung anstehenden, nicht aber an denkbare Fälle angelegt werden. Unverständlich bleibt, wie eine solche falsch orientierte Rechtsprechung für Wirtschaftler und Juristen im Ergebnis zu begrüßen sein soll, wie es Barkhausen²⁶⁴⁾ meint. Die Begründung in Form der Orientierung der Entscheidung an denkbaren Fällen und des Schlusses von der Auslegung der ALB über den „denkbaren Fall“ auf die Unwirksamkeit der Vorausabtretungsklausel im konkreten Fall ist unhaltbar. Das Ergebnis mag insoweit rechtspolitisch erwünscht sein, als Mißstände auf dem Gebiet des vEV zu bekämpfen sind. Darüber ging das RG aber weit hinaus. Es erreichte das umgekehrte Extrem, das sich weder juristisch-konstruktiv rechtfertigen läßt, noch im Einklang

²⁶¹⁾ DJ 1938, 610–611

²⁶²⁾ s. z. B. Westermann, SR, S. 15; Erman-Westermann, § 398, Anm. 7, 8

²⁶³⁾ so auch Flume, NJW 1950, 846

²⁶⁴⁾ NJW 1949, 847, obwohl er im folgenden Satz zugibt, für Juristen bleibe ein „Rest, zu tragen peinlich“; er werde „das Gefühl nicht los, daß hier das höchste Gericht mit formalen Mitteln ein rechtspolitisches Ergebnis erzwungen“ habe

mit dem Sicherheitsbedürfnis des Warenkreditgebers steht, und somit auch aus dem vom RG verfolgten Gesichtspunkt der Rechtspolitik kritisch zu beurteilen ist.

Diese „strenge“, auf jeden denkbaren, nicht aber auf den konkreten Fall abstellende Rechtsprechung des RG zur Frage der Vorausabtretungsklausel in ALB wurde zu Recht durchweg abgelehnt²⁶⁵).

c) Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu dieser Frage

Begrüßenswert ist, daß der BGH²⁶⁶) die Rechtsprechung des RG zu diesem Problem nicht fortgeführt hat. Der Entscheidung BGHZ 7, 365 ff. lag der folgende – gekürzte – Sachverhalt zugrunde: Der VBV hatte einem Klempnermeister Waren geliefert, welche dieser bei Installationsarbeiten verwendete. Die Lieferung war u. a. unter der Klausel erfolgt:

„Veräußert der Käufer die von uns gelieferte Ware – gleich in welchem Zustande – so tritt er hiermit jetzt schon bis zur völligen Tilgung aller unserer Forderungen aus Warenlieferungen die ihm aus Veräußerung entstehenden Forderungen gegen seine Abnehmer mit allen Nebenrechten an uns ab.“

Wie schon das RG sieht der BGH die ALB zutreffend als „typische Urkunde“ an. Die Auslegung könne vom Revisionsgericht ohne Gebundenheit selbst vorgenommen werden, wobei alles Zufällige des einzelnen Streitfalles beiseite zu bleiben habe. Eingehend auf die soeben kritisierte neuere Rechtsprechung des RG stellt der BGH fest, damit habe das RG „in der Tat zu strenge Anforderungen an die Bestimmbarkeit der auf Grund typischer Urkunden im voraus abgetretenen Forderungen gestellt“. Der BGH hat statt dessen gewisse Untersuchungsgrundsätze aufgestellt. Zunächst ist zu untersuchen, welche Bedeutung einer in einer typischen Urkunde enthaltenen Vorausabtretung objektiv zukommt. Anhand des gewonnenen Ergebnisses ist dann zu prüfen, ob die allge-

²⁶⁵) vgl. etwa Müller, ZAkDR 1938, 504; Herschel, DR 1940, 583–584; Flume, NJW 1950, 846; 1959, 915–916; Ludewig, DB 1951, 590; Erman, BB 1959, 1109; Larenz II, 74; Schlegelberger-Hefermehl, Anhang zu § 368, Anm. 29; Walb, BB 1953, 577; Marshall, S. 280–281; Hofmann, S. 139; Fischer, S. 50; Haas, S. 61–62; v. Wehner, S. 66–68; Hochgürtel, S. 29, 48–50; Erman-Westermann, § 398, Anm. 7; LG Bielefeld MDR 1951, 675; OLG Köln BB 1953, 898;

zustimmend aber Hauß, S. 78; Barkhausen, NJW 1949, 847; v. Caemmerer, JZ 1953, 97, 99; Kurtenbach, S. 83; Scholz, S. 339–340, N. 219; Westermann, S. 210; OLG Celle NJW 1952, 307
²⁶⁶) BGHZ 7, 365–371 = NJW 1953, 21–22 = JZ 1953, 112–113 = MDR 1953, 90–91; s. auch die Anmerkung von Schmidt zu diesem Urteil in LM § 398, Nr. 2; entgegen der Vorinstanz OLG Celle NJW 1952, 306–307; die BGH-Entscheidung wird u. a. auch von Walb, BB 1953, 579 begrüßt

Zu dieser Entscheidung des I. Zivilsenats nahm jüngst Mückenberger in NJW 1958, 1753–1756, auch unter Hinweis auf die beiden Urteile des VII. Zivilsenats (NJW 1958, 417–418; 457–459) kritisch Stellung

Wenn auch bislang die Rechtsprechung nicht einheitlich ist, halte ich es dennoch nicht für gerechtfertigt, von einer „Krise“ des vEV zu sprechen, wie es neuerdings wieder Fischer in NJW 1959, 366–369 tut, der jedoch eine solche „Krise“ wünscht (vgl. den letzten Abschnitt dieses seines Aufsatzes); s. auch Wunschel, NJW 1959, 653–656; zutreffend Flume, NJW 1959, 913, zu Anm. 2

meine Vorausabtretung die im Einzelfall in Rede stehende Forderung mit umfaßt. Wenn das bejaht wird, ist lediglich noch festzustellen, ob diese konkrete Forderung bestimmt oder bestimmbar ist.

Damit ist der richtige Weg von der allgemein zu haltenden Auslegung typischer Urkunden auf den zur Entscheidung stehenden Einzelfall gewiesen. Denkbare andere rechtstatsächliche Situationen haben außer Betracht zu bleiben, soweit es sich um die Beurteilung des konkreten Falles handelt. Sie sind lediglich bei der Auslegung der ALB von Bedeutung. So hat der BGH die Vorausabtretung für rechtswirksam erklärt.

Mit dieser Entscheidung ist die Rechtsprechung wieder auf den Standpunkt zurückgekehrt, wie er im Ergebnis auch schon in RGZ 136, 100 ff. vertreten wurde²⁶⁷⁾. Das ist jedoch keineswegs ein Rückschritt, sondern ein gegenüber der neueren Rechtsprechung des RG erfreuliches Zurückfinden auf die Aufgabe der Rechtsprechung: die möglichst sachgerechte Fallentscheidung.

Die wichtige BGH-Entscheidung, die durch BGH BB 1958, 170 bestätigt worden ist, hat auf dem Gebiet des vEV – innerhalb der 2. Phase – wieder eine annehmbare Situation geschaffen. Nun ist wieder generell die Möglichkeit gegeben, die Vorausabtretungsklausel überhaupt zu vereinbaren. Auf einer völlig anderen Ebene liegt es, ob die Vorausabtretungsklausel immer die günstigste Sicherungsmethode ist und ob sich etwa wirtschafts- oder rechtspolitische Bedenken²⁶⁸⁾ gegen eine zu intensive Anwendung des vEV erheben. Solche Bedenken könnten über die konstruktive Zulässigkeit der Vorausabtretungsklausel nichts aussagen. Ihnen gerecht zu werden, kann im übrigen nur Sache des Gesetzgebers sein.

4. Rechtsfolgen der Vorausabtretungsklausel

Das Ziel der Vorausabtretungsklausel ist es, dem VBV die durch den Verkauf der EV-Sache, bzw. des durch Verarbeitung entstandenen neuen Produkts, entstehende Forderungen zu seiner Sicherung zuzuordnen. Bis zur Veräußerung ist der VBV noch durch das Eigentum gesichert. Steht ihm – da der Verkauf der Veräußerung zeitlich vorausgeht – daneben auch noch die Forderung zu, ist er insofern nicht doppelt gesichert, als die Forderung wegen § 404 BGB bis zur Veräußerung der Sache durch den VBK, §§ 929 ff., 185 BGB, praktisch wertlos ist. Der Weg zu diesem Ziel der Vorausabtretungsklausel ist durch die Abtretung zukünftiger Forderungen vorgezeichnet. Bevor die Rechtsfolgen der Klausel aufgezeigt werden können, sind noch zwei von der Vorausabtretung verschiedene Lösungsvorschläge zu behandeln, die ebenfalls dazu führen sollen, daß die später entstehende Forderung unmittelbar dem VBV zusteht.

²⁶⁷⁾ so auch v. Caemmerer, JZ 1953, 99; Haas, S. 62–63; bedenklich scheint mir die Begründung von BGH BB 1955, 203–204; zutreffend OLG München NJW 1959, 1543

²⁶⁸⁾ Westermann, Interessenkoll., S. 20; v. Caemmerer, JZ 1953, 100

a) Ablehnung vorgeschlagener Lösungsversuche

aa) Surrogation

In ALB findet sich zuweilen etwa folgende Formulierung der Vorausabtretungsklausel:

„Geht das von uns vorbehaltene Eigentum durch Weiterveräußerung seitens unseres Abnehmers unter, tritt dafür die dadurch entstehende Forderung in unsere Sicherung ein.“

Man hat damit mehr oder minder bewußt den Gedanken der Surrogation ausgesprochen. Auch sonst wird diese Lösung vereinzelt vertreten. Die Wirkung der Surrogation ist die, daß ein neuer Vermögenswert ipso iure an die Stelle des alten tritt. Damit könnte sich dieses Rechtsinstitut in diesem Zusammenhang als Weg zur Sicherung des VBV eignen: Die entstehende Forderung würde automatisch an die Stelle des vorbehaltenen Eigentums treten und so die Sicherung der Kaufpreisforderung des VBV gewährleisten.

Bereits bei der Verarbeitungsklausel ist der gleichlautende Lösungsvorschlag behandelt und abgelehnt worden. Es hat sich gezeigt, daß das BGB die Surrogation an verschiedenen Stellen vorsieht. Doch ist die Surrogation kein allgemeines Prinzip. Es ist lediglich ein gesetzestechnisches Mittel, mit dem der Gesetzgeber erreicht, daß insbesondere bei Sondervermögen die Vermögensmasse erhalten bleibt. Daraus ist auch für die Vorausabtretungsklausel der Schluß zu ziehen: der systematische Standort der Surrogation ist grundsätzlich auf die Fälle des Sondervermögens zu beschränken. Der EV kommt – auch in seinen Ausdehnungsformen – für Sondervermögen nicht in Frage. Die Surrogationswirkung kann nicht durch Parteivereinbarung herbeigeführt werden; das ist durchaus die h. M. Daraus folgt, daß der Gedanke der Surrogation als Lösung der Frage der Sicherung des VBV in der 2. Phase auszuschneiden hat.

Zum gleichen Ergebnis führt eine weitere Überlegung, die vom Zweck der Surrogation ausgeht. Die Surrogation ist dann sinnvoll, wenn eine durch den Begriff des Sondervermögens umschriebene Vermögensmasse in ihrem Umfang gleichbleiben soll. Insofern beinhaltet dieses Institut einen „konservativen“ und damit letztlich umsatzfeindlichen Faktor. Grundsätzlich soll die Vermögensmasse in ihrem ursprünglichen Zustand erhalten bleiben. Die Folgen eines dennoch vorgenommenen Umsatzgeschäftes werden durch die Surrogation wieder ausgeglichen. So gesehen ist die dingliche Ersetzung im Rahmen des Vorbehaltskaufes unangebracht. Selbst wenn man die EV-Sache nach Art eines „Sicherungsvermögens“ betrachten würde, drängt die Rechtslage zum Umsatz. Weiterverkauf und Weiterveräußerung stehen im Einklang mit den Interessen beider Parteien. Nur deshalb ist auch grundsätzlich die Ermächtigung, § 185 BGB, zur Weiterveräußerung anzunehmen, und nur deshalb wird überhaupt der EV in dieser Phase verlängert. Hier soll nicht etwa ein Vermögen, sondern

nur eine Sicherung erhalten bleiben, wobei die Erhaltung der Sicherheit das vollzogene Umsatzgeschäft logisch zur Voraussetzung hat. Insofern widerspricht die Anwendung des Surrogationsgedankens der Rechtslage und den Parteiinteressen.

Als Ergebnis ist demnach festzuhalten: Der Vorschlag, die Sicherung des VBV in der 2. Phase auf dem Weg über die Surrogation herbeizuführen, ist als rechtlich unmöglich und als unbrauchbar abzulehnen²⁶⁹⁾. Eine solche Lösung kann weder durch besondere Parteivereinbarung erreicht werden, noch ist sie – da nicht sachgemäß – als stillschweigend vereinbart zu unterstellen. Vielmehr sind Klauseln, die ihrem Wortlaut nach auf die Surrogation hindeuten, im Zweifel dahingehend aufzufassen, daß die Parteien auf einem zulässigen Wege die Verlängerung der Sicherheit des VBV über die Weiterveräußerung hinaus verabreden wollen²⁷⁰⁾.

bb) Vereinbarung eines Kommissionsverhältnisses

Die Vorschrift des § 392 Abs. 2 HGB sieht eine ähnliche Rechtsfolge vor, wie sie durch die Vorausabtretungsklausel bezweckt wird. Hiernach gelten Forderungen aus einem Geschäft, das der Kommissionär abgeschlossen hat – ohne daß es einer Abtretung bedarf – im Verhältnis zwischen dem Kommittenten und dem Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des Kommittenten. Daher ist verschiedentlich vorgeschlagen worden²⁷¹⁾, den § 392, II HGB durch Vereinbarung in das Verhältnis zwischen VBV und VBK einzuführen, um so den VBV in der 2. Phase zu sichern. In der Praxis sind derartige Abreden selten, aber sie kommen vor²⁷²⁾. So ist in den mir vorliegenden ALB einer bekannten industriellen Unternehmung u. a. folgende Fassung der Vorausabtretungsklausel zu finden:

„Werden die von uns gelieferten Waren weiterverkauft, so gelten sie als für unsere Rechnung verkauft und die Forderungen dafür als an uns zediert, auch dann, wenn eine Zession nicht namentlich stattgefunden hat.“

Hier ist die Bezugnahme auf das Kommissionsrecht offensichtlich, wenn auch die Vorschrift nicht ausdrücklich genannt ist. Für die Anwendung des § 392, II HGB spricht, daß das Gesetz die aus dem Verkauf entstehende Forderung

²⁶⁹⁾ so u. a. auch Rühl, S. 42–43; Hirsch, S. 30; Senf, JW 1930, 3540; v. Wehner, S. 34–35; Brandes, S. 19–22 mit Nachweisen; Fischer, S. 54–55; Hofmann, S. 130; Dempewolf, NJW 1956, 851; Hees, MDR 1955, 525; Franke, BB 1959, 543; BGH NJW 1959, 1536; a. A. Ziffer, JW 1930, 1358–1359

²⁷⁰⁾ s. auch Jacusiel, S. 87

²⁷¹⁾ vgl. etwa Rühl, S. 44 mit Hinweis auf Schmidt-Rimpler, Ehrenberg's Handbuch V, 1, S. 612; Rühl, LZ 1931, 155 mit Anm. 11

²⁷²⁾ vgl. die ALB einer Mühlenvereinigung, bei Meyerstein, IHK, S. 9–10; s. auch bei OLG Karlsruhe JW 1933, 2158 und bei RGZ 148, 190

insbesondere im Verhältnis zu anderen Gläubigern des VBK – wäre er Kommissionär – dem VBV zuordnet. Dennoch ist diese Lösung abzulehnen²⁷³). Ich halte sie aus drei Gründen für unmöglich:

aaa) Der § 392, II HGB ist eine Sondervorschrift des Kommissionsrechts, in welcher der Gesetzgeber zugunsten des Kommittenten der Tatsache Rechnung getragen hat, daß der Kommissionär zwar im eigenen Namen, aber für Rechnung des Kommittenten verkauft. Sie ist also speziell auf diese Verhältnisse abgestellt. Schon daraus folgt allgemein, daß sich eine Ausdehnung dieser Vorschrift über das Kommissionsverhältnis hinaus verbietet.

bbb) Dazu kommt, daß die Voraussetzungen einer analogen Anwendung der Vorschrift nicht vorliegen. Analog kann eine Gesetzesnorm nur dann angewendet werden, wenn zwischen dem von dem Gesetz entschiedenen und dem durch Analogie zu entscheidenden Fall keine grundsätzlichen Unterschiede bestehen. Erforderlich ist die „Rechtsähnlichkeit der Gesetzes- und Fallentscheidung“²⁷⁴). Sie ist hier nicht gegeben. Zwar erfolgt in beiden Fällen der Abschluß des Geschäfts im eigenen Namen. Aber der Sicherungsgedanke führt nicht so weit, daß der VBK für fremde Rechnung verkauft. Ich bin im Gegenteil der Auffassung, daß Verkauf für fremde Rechnung dem Wesen des Sicherungsgeschäfts widerspricht. Andernfalls liegt kein Rechtsverhältnis mehr vor, in welchem die eine Vertragspartei unter Wahrung ihrer Selbständigkeit der anderen eine Sicherung gewährt, sondern es handelt sich im Ergebnis um einen Vertretungstatbestand in irgendeiner Form. Der VBK schließt für eigene Rechnung ab. Ob und inwieweit dabei zugleich eine Sicherung des VBV entsteht, liegt auf anderer Ebene. Die Rechtsbeziehungen zwischen VBV und VBK sind als Kauf zu qualifizieren, nicht aber haben sie kommissionsähnlichen Charakter²⁷⁵). Damit fehlt es an der „Rechtsähnlichkeit“, und die Möglichkeit der analogen Anwendung von § 392, II HGB muß von vornherein ausscheiden²⁷⁶).

ccc) Darüber hinaus kommt die Vereinbarung, im Verhältnis VBV–VBK solle – obwohl kein Kommissionsverhältnis vorliegt – dennoch § 392, II HGB wirksam sein, deshalb nicht in Frage, weil sie dem Wesen der durch die Vorausabtretungsklausel erstrebten Abtretung zum Zwecke der Sicherung widerspricht. Eine solche Abtretung ist, auch wenn sie Sicherungscharak-

²⁷³) übereinstimmend Jacusiel, S. 82–83 mit Angaben; Schartz, IHK, S. 30; Meyerstein, IHK, S. 15–17; Fischer, S. 10; Scholz, S. 342, N. 219; Hirsch, S. 31–32; Hofmann, S. 131; Stulz, S. 20; Flume, NJW 1950, 842, Anm. 5; Haas, S. 64–66; Capeller, MDR 1956, 139; s. auch OLG Karlsruhe JW 1933, 2157–2158 mit Anm. Crisalli; RGZ 148, 191–192; RG JW 1935, 3157

²⁷⁴) Bartholomeyczik, S. 81

²⁷⁵) hierzu auch Stöckel, S. 63; Brandes, S. 17–18

²⁷⁶) ebenso Schlegelberger-Hefermehl, § 392, Anm. 27

ter trägt, Vollabtretung, wie es von der h. M. zutreffend vertreten wird. Allein zuständig für die Forderung ist der VBV. Nur eine Vollabtretung kann ihm auch volle Sicherung geben. Demgegenüber ist im § 392, II HGB keine Vollabtretung vorgesehen. Vielmehr fingiert das Gesetz im Verhältnis zum Kommissionär und dessen Gläubigern die Gläubigerschaft des Kommittenten. Aus den Abs. I und II der Vorschrift ist zu ersehen, daß es zur Geltendmachung der Forderung durch den Kommittenten gegenüber anderen Rechtssubjekten, insbesondere auch gegenüber dem Schuldner, der vorherigen Abtretung bedarf. Eine solche „Aufspaltung“ der Inhaberschaft verträgt sich nicht mit dem Sicherungszweck, der das Rechtsverhältnis zwischen VBV und VBK beherrscht. Ihm kann nur eine grundsätzlich umfassende Forderungsabtretung genügen.

Im Ergebnis ist daher die Heranziehung des § 392, II HGB zur Sicherung des VBV zu vermeiden. Eine direkte Anwendung scheidet aus. Auch die Möglichkeit der Analogie entfällt, da es sich einmal um eine den Besonderheiten des Kommissionsverhältnisses Rechnung tragende Vorschrift handelt, zum andern aber auch die erforderliche „Rechtsähnlichkeit“ nicht gegeben ist. Eine Vereinbarung, die Vorschrift solle zwischen den Vertragsparteien ihre Wirkung entfalten, bedeutet eine Verkenntung des Wesens der in der 2. Phase angestrebten Sicherung.

b) Vorweggenommene Sicherungsabtretung

Nachdem nunmehr Surrogation und Kommissionsverhältnis als Lösungsversuche abgelehnt sind, ist den Wirkungen der Vorausabtretungen nachzugehen. Der Abtretungsvertrag zwischen VBK und VBV wird noch vor Entstehen der Forderung abgeschlossen. Die Verfügung wird wirksam, wenn sie im Augenblick der Entstehung der Forderung diese ergreifen kann, wenn also insbesondere ausreichende Bestimmbarkeit vorliegt. Die Folge der Abtretung ist nach § 398 Satz 2 BGB, daß der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt. Hierüber herrscht bei der Abtretung zukünftiger Forderungen Streit.

aa) Ablehnung der „Durchgangstheorie“

Ausgehend vom Wortlaut des § 398 Satz 2 BGB wird – neuerdings wieder von Larenz – die sog. „Durchgangstheorie“ vertreten²⁷⁷⁾. Man sagt: Nach dieser Vorschrift tritt der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen. Also muß dem

²⁷⁷⁾ Oertmann, §§ 398/399, Anm. 1 g; v. Ohmeyer, S. 220; Süß, S. 66; Schumann, S. 109; Fischer, S. 31–32; Larenz I, 291 mit Angaben; wohl auch Rühl, S. 46; Stöckel, S. 53–55; Hochgürtel, S. 97; RG JW 1913, 132

richtig dagegen u. a. v. Tuhr, DJZ 1904, 429; Grünebaum, DJZ 1905, 802; Ramsauer, S. 60; RGRK, § 398 Anm. 2; Siebert, S. 140, Anm. 66; Leonhard, S. 656; Staudinger-Werner, § 398, Anm. 1, 2; Blomeyer, S. 296; Brandes, S. 58; Haas, S. 57; Hirsch, S. 38; Schenkel, S. 36, 43; Jacusiel, S. 87–88; Riegel, S. 31–34; Dempewolf, NJW 1956, 851; Hees, MDR 1955, 525; Hufnagel, NJW 1952, 491; Rutkowski, NJW 1957, 858–859; BGH NJW 1955, 544

Zedenten die Forderung einmal zugestanden haben, bevor sie auf den Zessionar übergehen kann. Man betont somit den Charakter der Forderungsabtretung als Rechtsnachfolge und schließt daraus, daß der Abtretungsempfänger die Forderung nicht unmittelbar, sondern nur „durch“ die Person des Abtretenden erwerben könne. Dieses Argument verkennt Wesen und Konstruktion der Vorausabtretung. Richtig ist es, die Rechtsnachfolge hervorzuheben, denn sie liegt auch bei der Vorauszession vor. Der VBV tritt in die Rechtsstellung des VBK ein, und zwar bereits mit Abschluß des Abtretungsvertrages, wobei die Wirksamkeit hinausgeschoben ist. Daran zeigt sich, daß aber ein Abstellen auf den reinen Wortlaut des § 398 BGB insoweit verfehlt ist. Der Eintritt in die Rechtsstellung des VBK vollzieht sich, ohne daß er bereits „Gläubiger“ der Forderung im Rechtssinne ist.

Die Vorausabtretung der Forderung dient der Sicherung des VBV. Er will und soll sie unbelastet erwerben. Die Forderung als das „wirtschaftliche Surrogat“ soll seitens des VBK weder zu Verpfändungen noch zu Pfändungen durch Dritte zur Verfügung stehen. Die „Durchgangstheorie“ kann solche Verfügungen nicht verhindern und steht somit im Widerspruch mit dem Wesen der sicherungsweise vorgenommenen Vorausabtretung.

Weiterhin wird von den Vertretern der „Durchgangstheorie“ geltend gemacht: Die Forderung müsse auch deshalb erst bei dem Zessionar entstehen, weil sonst die §§ 404 ff. BGB nicht anwendbar seien. Man müsse sich daher die Konstruktion so vorstellen, daß der Zedent Gläubiger der Forderung werde, die dann im gleichen Augenblick auf Grund der Vorausabtretung auf den Zessionar übergehe. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Schluß von den Folgen auf die Voraussetzung ist nicht zwingend. Die Vorausabtretung steht der Anwendung der §§ 404 ff. BGB nicht im Wege. Aus dem Umstand, daß der VBV in die Rechtsstellung des VBK eintritt, folgt nach Abtretungsgrundsätzen, daß sich seine Rechtsposition nach Umfang und Entwicklung so gestaltet, wie dies – ohne Abtretung – in der Person des VBK der Fall gewesen wäre²⁷⁸). Brandes (S. 58) meint das gleiche, wenn er ausführt, die Rechtsstellung werde für den Zedenten nur offengehalten, aber nicht von ihm eingenommen. Aus dem Verhältnis zwischen VBV und VBK und ihrer jeweiligen Stellung zu der im voraus abgetretenen Forderung ist zu folgern, daß der Anwendung der §§ 404 ff. BGB keine Bedenken im Wege stehen. Es bedarf m. E. nicht einmal der Bildung einer Analogie zu diesen Vorschriften. Sie sind lediglich den sich aus der Konstruktion der Vorausabtretung ergebenden Besonderheiten anzupassen. Die Vorauszession ist nur eine Abwandlung der im Gesetz ausdrücklich geregelten Abtretung gegenwärtiger Forderungen; das gilt auch für ihre Rechtsfolgen.

²⁷⁸) vgl. auch Haas, S. 57

Allgemein ist zu dem Streit, ob Durchgangserwerb oder nicht, dreierlei zu sagen:

- aaa) Die „Durchgangstheorie“ vertritt letztlich eine Fiktion. Der Zedent soll – nach einer durchaus üblichen²⁷⁹⁾, aber kritisch zu beurteilenden Formulierung – eine „logische Sekunde“ lang Gläubiger der Forderung werden. Bereits Ramsauer (S. 60) hat darauf verwiesen, daß eine unendlich kleine Zeit, was die Bedeutung der „logischen Sekunde“ ist, gleich gar keiner Zeit sei. Es kann sich daher nur um ein konstruktionstechnisches Mittel handeln, um dem Gesetzeswortlaut zu entsprechen. Dieses Hilfsmittels bedarf es jedoch nicht, um die Rechtswirkungen der Vorausabtretungsklausel zu erreichen.
- bbb) Eine solche Vorstellung des auf eine „logische Sekunde“ beschränkten Durchgangserwerbs trägt überdies nicht zur Vereinfachung, sondern zur Erschwerung der Konstruktion bei. So ist die „Durchgangstheorie“ mit einem Hinweis auf den Erlaß-Vertrag, § 397 BGB, zu widerlegen. Auch eine zukünftig entstehende Forderung kann bereits vorher erlassen werden²⁸⁰⁾. Hier wäre es widersinnig anzunehmen, die im voraus erlassene Forderung würde dennoch entstehen, um im gleichen Augenblick wieder zu erlöschen. Es ist kein Grund ersichtlich, warum diese beiden Fälle der Verfügung über die künftige Forderung verschieden behandelt werden sollen.
- ccc) Die „logische Sekunde“ ist mit dem Wesen der Vorausabtretung als der Verfügung über einen „der gedachten Welt angehörenden“ Gegenstand nicht vereinbar. Die Frage des Durchgangserwerbs wurde im Laufe dieser Arbeit bereits bei Behandlung des anticipierten Besitzkonstitutes akut. Dort wurde mit der h. M. Durchgangserwerb angenommen. Es ist nur scheinbar inkonsequent, hier nun die „Durchgangstheorie“ abzulehnen. Die Begründung ist dem grundlegenden Unterschied zwischen beweglicher Sache und Forderung zu entnehmen. Bei der beweglichen Sache, über die mittels anticipierter Einigung und anticipierter Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses „vorausverfügt“ worden ist, muß das Eigentum beim Veräußerer entstehen, damit er durch die Einräumung des mittelbaren Besitzes zugunsten des Erwerbers den Verfügungstatbestand überhaupt vollenden kann. Erst dann geht Eigentum über, wobei auch hier ein Abstellen auf die „logische Sekunde“ überflüssig ist. Die Vereinbarung des anticipierten Besitzkonstitutes verfolgt zwar den gleichen Zweck wie die Vorausabtretung – Veräußerung eines erst in Zukunft zu erwerbenden Gegenstandes –, ist aber auf Grund des verschiedenen Ver-

²⁷⁹⁾ s. z. B. Boehmer II, 2, S. 152

²⁸⁰⁾ Bedenken bei Blomeyer, S. 247

fügungsgegenstandes konstruktiv völlig anders. Die Vorausabtretung als Verfügung auf rein konsensualer Basis ist bereits mit Vertragsabschluß vollendet. Entsteht die Forderung, muß sie daher unmittelbar ergriffen werden. Diese Zusammenhänge werden m. E. zu wenig gewürdigt²⁸¹⁾.

Nach alledem ist in dieser in ihren Auswirkungen so wichtigen²⁸²⁾ Frage im Ergebnis der wohl h. M. unter Ablehnung der „Durchgangstheorie“ zuzustimmen: Aus dem Wesen der Vorausabtretung entsteht die im voraus abgetretene Forderung unmittelbar bei dem Zessionar.

bb) Die Konstruktion

Infolge der in der Vereinbarung der Vorausabtretungsklausel liegenden Vorauszession wird der VBV Gläubiger der Forderung, sobald sie entsteht. Der VBK schließt den Kaufvertrag²⁸³⁾ mit dem Dritten ab; die daraus resultierende Kaufpreisforderung geht unmittelbar auf den VBV über. Sie dient ihm zu seiner Sicherung. Dennoch ist es nicht richtig, hier von Sicherungsabtretung zu sprechen, ebensowenig, wie die Verarbeitungsklausel einer Sicherungsübereignung gleichkam. Der Unterschied liegt darin, daß bei einer Sicherungsabtretung der Sicherungsgeber dem Sicherungsnehmer eine bereits bestehende, ihm – dem Sicherungsgeber – zustehende Forderung sicherungshalber abtritt. Hier aber wird durch den Abtretungsvertrag kein Forderungsübergang im technischen Sinne erreicht. Durch die Vorausabtretung überträgt der VBK dem VBV derart seine „Rechtslage“, daß der VBV der erste Gläubiger der Forderung wird. Dieser Unterschied ist sowohl für die Konstruktion als auch für die Rechtsfolgen beachtlich. Nachdem sich der Begriff der Sicherungsabtretung – als eines Sicherungsmittels des Geldkreditgebers – in dem Sinne eingebürgert hat, daß man darunter die sicherungsweise erfolgte Abtretung bestehender Forderungen zu begreifen hat, ist der Ausdruck „vorweggenommene Sicherungsabtretung“²⁸⁴⁾ irreführend. Berücksichtigt man aber, daß der Ausdruck „Sicherungsabtretung“ in diesem Zusammenhang untechnisch gebraucht wird, worauf durch das Wort „vorweggenommene“ hingewiesen ist, erweist sich die Bezeichnung als unschädlich. Besser wäre jedoch die Einführung des Begriffes der „Sicherungsvorausabtretung“.

Das Problem besteht nun darin: wenn der VBK an den VBV zahlt, bedarf es dann einer Rückabtretung? Für das Erfordernis der Rückabtretung spricht, daß die Forderung mit Wegfall des Sicherungsbedürfnisses des VBV nunmehr dem VBK zuzuordnen ist und die Abtretung den hierfür üblichen Weg darstellt. So

281) Andeutungsweise wohl bei Capeller, MDR 1956, 138 gegen Lange, NJW 1950, 567; s. auch Blomeyer, S. 296; Flume, NJW 1959, 916–917

282) irrig Schumann, S. 109, der glaubt, die Entscheidung habe keine praktischen Folgen

283) oder z. B. auch einen Werklieferungsvertrag; im folgenden kann vom Kaufvertrag ausgegangen werden

284) bes.: Riegel, Alfred, Die vorweggenommene Sicherungsabtretung, Diss. Köln 1938; s. auch Mertens, S. 55

hat das RG entschieden, daß die sicherungsweise abgetretene Forderung nur in besonders gelagerten Fällen ipso iure auf den Sicherungsgeber zurückfalle, grundsätzlich aber eine Rückabtretung erforderlich sei²⁸⁵). Hiernach wäre der VBV verpflichtet, nach Zahlung durch den VBK an diesen die Forderung abzutreten. Abgesehen davon, daß dabei Schwierigkeiten entstehen können, scheint mir diese Auffassung unzutreffend. Sie trägt dem Sicherungszweck des Rechtsgeschäftes nicht genügend Rechnung. Anlaß für die Vornahme der Abtretung bzw. Vorausabtretung durch den VBK ist das Sicherungsbedürfnis des Warenkreditgebers. Sobald der VBV befriedigt ist, ist der Zweck des Sicherungsgeschäftes erreicht. Über diesen Zeitpunkt hinaus besteht keine Veranlassung mehr, den VBV als Inhaber der Forderung zu betrachten. Dieser Interessenlage wird die Meinung, es bedürfe einer besonderen Rückabtretung, nicht gerecht. Zweckentsprechend ist nur die Konstruktion, die aus dem Sicherungsgedanken heraus derartige Abtretungen als auflösend bedingt, § 158, II BGB, betrachtet. Die Bedingung ist die Zweckerreichung des Sicherungsgeschäfts. Sie braucht der vertraglichen Vereinbarung nicht ausdrücklich hinzugefügt zu werden; sie ist – soweit nicht ein entgegenstehender Wille zum Ausdruck kommt – den Umständen zu entnehmen. Eine Schwierigkeit könnte man bei der „Sicherungsvorausabtretung“ darin sehen, daß nach § 158, II, 2. Halbsatz BGB mit dem Zeitpunkt des Bedingungseintritts der frühere Rechtszustand wieder eintritt. „Früher“ war der VBK aber noch nicht Gläubiger. Dies kann jedoch nicht als Argument für die bereits abgelehnte „Durchgangstheorie“ geltend gemacht werden. Vielmehr ist § 158, II BGB nach Sinn und Zweck der Vorausabtretungsklausel ausdehnend auszulegen dahin, daß der Zustand eintritt, der früher – hätte der VBK die „Sicherungsvorausabtretung“ nicht vorgenommen – bestanden haben würde. Dann aber wäre er selbst Gläubiger der Forderung geworden. Dieser Rechtszustand tritt nun bei Bedingungseintritt auf dem Wege über § 158 Abs. 2 BGB ipso iure ein.

Damit ist zugleich die Rechtsstellung des VBK in Bezug auf die abgetretene Forderung angedeutet. Mit Eintritt der Bedingung wird er Gläubiger der Forderung, die vorher auflösend bedingt dem VBV zusteht. Damit ist bei ihm, dem VBK, die Befriedigung des VBV aufschiebende Bedingung, § 158, I BGB. Die aufschiebend bedingte Rückübertragung liegt in der Vereinbarung der Vorausabtretungsklausel und ist nicht, wie die Gegenmeinung es verlangt, erst später vorzunehmen.

Demnach ist die Konstruktion der Vorausabtretungsklausel in folgender Weise vorzunehmen: Für den Fall der Weiterveräußerung der EV-Ware bzw. des durch Verarbeitung entstandenen Produkts tritt der VBK dem VBV die entstehende Kaufpreisforderung im voraus ab. Die Inhaberschaft der Forderung auf der Seite des VBV ist aus dem Sicherungszweck heraus auflösend bedingt

²⁸⁵) RGZ 102, 386; 123, 381

durch die Erfüllung der dem Sicherungsgeschäft zugrunde liegenden Forderung. Zugleich wird der VBK aufschiebend bedingt Gläubiger der Forderung. Begleitet er seine Schuld gegenüber dem VBV, geht die Forderung nach § 158, I BGB auf ihn über²⁸⁶).

Diese Konstruktion hat gegenüber der abgelehnten Lösung erhebliche Vorteile. Sie entspricht der Interessenlage; der VBK ist gemäß § 161 BGB vor schädigenden Zwischenverfügungen geschützt. Es ist ihm anheimgestellt, durch Befriedigung des VBV die Forderung zu erwerben; der VBV kann in diesem Falle den Forderungsübergang auf den VBK nicht verhindern bzw. verzögern. Sie ist auch praktisch. Es bedarf keiner weiteren rechtsgeschäftlichen Erklärungen der Parteien mehr. Mit der Abrede der Vorausabtretungsklausel sind sämtliche Erklärungen abgegeben. Die weitere Entwicklung der angestrebten Rechtsfolgen vollzieht sich kraft Gesetzes. Das ist im Hinblick auf die weite Verbreitung der Vorausabtretungsklausel und die Vereinfachung des kaufmännischen Rechtsverkehrs von großer praktischer Bedeutung. Dazu kommt, daß nur diese Konstruktion eine Einheitlichkeit der Rechtslage bei EV-Geschäften im Vergleich zum einfachen EV und der Sicherung in der 1. Phase gewährleisten kann. Der einfache EV war – seiner Aufgabe entsprechend – durch das aufschiebend bedingte Eigentum gemäß § 455 BGB gekennzeichnet. Die Verarbeitungsklausel übereignete dem VBV zu seiner Sicherheit das Verarbeitungsprodukt, gab aber dem VBK zugleich das durch die Zahlung des Kaufpreises an den VBV aufschiebend bedingte Eigentum. Die Konstruktion blieb demnach die gleiche. Sie wird nun auch in die 2. Phase transponiert: auch hier erhält der VBV zu seiner Sicherheit das Vollrecht. Er wird Gläubiger der Forderung. Aufschiebend bedingt durch die vollständige Zahlung des Kaufpreises durch den VBK an den VBV steht die Forderung dem VBK zu. Die Einheitlichkeit der Konstruktion erklärt sich aus dem gleichbleibenden Sicherungscharakter des EV-Geschäfts in allen Phasen.

Die Vorteile dieser Konstruktion nötigen dazu, im Zweifel den Rückfall der Forderung bei der Sicherungsabtretung bzw. „Sicherungsvorausabtretung“ – denen beiden der Sicherungszweck gemeinsam ist – über die Bedingung zu konstruieren, was mehrfach vertreten wird²⁸⁷).

²⁸⁶) So heißt es z. B. in den ALB einer Möbelfabrik u. a.: „Unser Eigentumsvorbehalt ist in der Weise bedingt, daß mit der vollen Bezahlung . . . unserer Forderungen . . . ohne weiteres . . . die abgetretenen Forderungen dem Käufer zustehen.“ S. aber auch (für den Geldkreditgeber) Trost-Schütz, S. 365, 388, 430

²⁸⁷) Z. B. Rühl, S. 45; Koch, S. 49–50; Düringer-Hachenburg-Hoeniger, § 368, Vorbem. 125; Siebert, S. 214–232; Riegel, S. 71–73 mit weiteren Nachweisen. Riegel weist darauf hin, daß dem Streit die von Schultze (IhJb. 43, 1 ff.) eingeführte Trennung zwischen fiducia und Treuhand zugrunde liegt, wobei die Gegenmeinung verkennt, daß die Sicherungsabtretung der Treuhand näher steht als der fiducia. Siehe im übrigen auch Hirsch, S. 40; Meisner, S. 25; Jacusiel, S. 89; auf den Einzelfall stellen ab RG WarnR. 1914, Nr. 330; Erman-Westermann, § 398, Anm. 12 mit Angaben

Die Rückabtretung wird u. a. verlangt von: Enn.-Lehmann, S. 320; Schalfjew, IHK, S. 116; Brandes, S. 44 mit Angaben aus der Rechtsprechung; Hufnagel, NJW 1952, 491 mit Angabe

cc) Die Einziehungsermächtigung und ihre Grenzen

Die zu Sicherungszwecken erfolgte Abtretung ist Vollabtretung. Damit geht auch das Einziehungsrecht auf den VBV über. Das widerspricht aber dem Parteiwillen und dem Sinn und Zweck des Geschäfts. Die Forderung soll dem VBV zu seiner Sicherung dienen, ihre „Verwaltung“ soll weiterhin dem VBK bleiben. Eine „Forderungsaufspaltung“²⁸⁸⁾ in dem Sinne liegt also nahe, daß der VBV Gläubiger der Forderung wird, die Einziehungsbefugnis als Teil der materiell-rechtlichen Inhaberschaft der Forderung aber für dauernd beim VBK verbleibt. Eine derartige Spaltung widerspricht allerdings dem Wesen der Forderungsabtretung und macht sie daher unwirksam²⁸⁹⁾. Die Abtretung als Sonderrechtsnachfolge erfordert grundsätzlich, daß der Zessionar die volle Gläubigerstellung erhält und auch nach außen hin als neuer Gläubiger in Erscheinung tritt²⁹⁰⁾. Man hat dies jedoch so aufzufassen, daß der Zessionar kraft der Forderungsabtretung in die Lage versetzt wird, nach außen hin als Gläubiger aufzutreten. Er muß dazu das Recht haben; ob er davon Gebrauch macht, ist eine weitere Frage.

Damit ist der Ansatzpunkt gegeben für eine andere Konstruktion, die mit dem Wesen der Forderungsabtretung vereinbar ist. Der VBV wird Vollrechtsinhaber und überläßt gleichzeitig die Einziehungsbefugnis dem VBK. Damit wird erreicht, daß der VBK – ohne Inhaber der Forderung zu sein – die Forderung im eigenen Namen geltend machen kann. Über die Zulässigkeit und die Konstruktion dieser sog. „Einziehungsermächtigung“ herrscht Streit²⁹¹⁾.

Die herrschende Meinung läßt zu Recht eine derartige Ermächtigung zu. Lehmann (S. 314) definiert sie dahin, daß man unter einer Ermächtigung zu verstehen habe die Erteilung der Macht, im eigenen Namen auf einen fremden Rechtskreis durch Rechtsgeschäft einzuwirken. In diesem Zusammenhang ist lediglich die sog. Verfügungsermächtigung von Bedeutung. Der VBK soll in die Lage versetzt werden, die aus dem Weiterverkauf der EV-Ware bzw. des Verarbeitungsprodukts entstehende Forderung – trotz ihrer „Sicherungsvorausabtretung“ – vom Drittabnehmer einziehen zu können. Diese Einziehung ist ein Rechtsgeschäft, das die bestehende Forderung durch Annahme der Erfüllungsleistung zum Erlöschen bringt, also eine Verfügung. Damit erledigt sich das Bedenken von Larenz (I, 297) gegen die „Verfügungstheorie“. Er gebraucht den Ausdruck deshalb, weil die – zutreffende – Konstruktion der Ermächtigung vom

²⁸⁸⁾ Zum Ausdruck Löbl, AcP 129, 266; Hoeniger, S. 13; Hirsch, S. 41; Larenz I, 298; Palandt-Danckelmann, § 398, Anm. 7 a. E.; RGZ 92, 108; 133, 241

²⁸⁹⁾ Schlegelberger-Hefermehl, Anhang zu § 368, Anm. 25 mit Angaben; Ludewig, DB 1951, 589; Blomeyer, S. 295; Weinhausen, S. 92; Stöckel, S. 66; Scholz, S. 349, N. 223; Brandes, S. 47 mit Nachweisen; Hirsch, S. 41; Jacusiel, S. 86; Riegel, S. 63

²⁹⁰⁾ Z. B. RGRK, § 398, Anm. 1

²⁹¹⁾ Vgl. insbes. Enn.-Lehmann, S. 321–323 und Lehmann, S. 314–316 einerseits, Larenz I, 296–299 andererseits; jeweils mit Angaben; weitere Nachweise aus der Literatur bei Enn.-Nipperdey, 2. Halbb., S. 883, Anm. 6; s. auch Köhler, bes. S. 27, 38, 54, 68 (kritisch)

Verfügungsbegriff ausgeht. So kommt man zu der Einwilligung nach § 185, I BGB. In dieser Vorschrift hat das Gesetz ausdrücklich vorgesehen, daß auch ein an sich nicht Berechtigter wirksam über einen Gegenstand verfügen kann, wenn der Berechtigte – hier der Gläubiger der Forderung, VBV – eingewilligt hat. Damit läßt sich die sog. Verfügungsermächtigung ohne konstruktive Schwierigkeiten über § 185, I BGB erklären²⁹²). Demgegenüber kann der Einwand von Larenz (I, 299 mit Angaben) nicht durchgreifen. Er hält es für praktisch bedenklich und dem Schuldner nicht zumutbar, daß nunmehr sowohl der Gläubiger als auch der Ermächtigte den Schuldner in Anspruch nehmen könnten. Dagegen argumentieren Enn.-Lehmann (S. 321/322) aus dem § 398 BGB heraus: muß sich der Schuldner die Vollabtretung gefallen lassen, dann erst recht die Erteilung der Einziehungsermächtigung an einen Dritten, die gegenüber der Vollabtretung ein minus darstellt. Und aus dem § 185 BGB: wenn schon die Ermächtigung möglich ist, eine Sache im eigenen Namen zu veräußern, muß es erst recht zulässig sein, die Ermächtigung zu erteilen, eine Forderung im eigenen Namen einzuziehen.

M. E. ist der Streit überflüssig. Der Gesetzgeber hat mit § 185, I BGB die Möglichkeit geschaffen, wirksam im eigenen Namen über fremde Rechte zu verfügen, wenn der Berechtigte eingewilligt hat. Der Ausdruck „Verfügungsermächtigung“ ist insoweit entbehrlich; man kann ihn aber dennoch im Sinne der „Einziehungsermächtigung“ beibehalten, da er veranschaulicht, daß dem (hier) VBK vom VBV die „Macht“ übertragen worden ist, die Forderung einzuziehen. Der VBK ist damit insoweit materiell berechtigt. Der Drittabnehmer kann nicht nur, sondern er muß an VBK zahlen. Er zahlt damit an den Berechtigten und wird über §§ 362, II, 185, I BGB ohne Rücksicht darauf, ob er von der Abtretung Kenntnis hat oder nicht, befreit. Die bisweilen²⁹³) zu findende Anwendung des § 407 BGB auf diesen Fall ist konstruktiv unrichtig.

Die weitere Frage ist nun, wie der VBK mit der eingezogenen Forderung zu verfahren hat. Hier interessieren nicht die später zu behandelnden Sicherungsprobleme in der dritten Phase, sondern nur die Rechtswirkungen der Einziehungsermächtigung. Neuerdings hat der BGH (NJW 1958, 458) dazu ausgeführt: wenn der VBK zur Einziehung ermächtigt sei, ohne daß der Vertrag eine Verpflichtung zur Abführung der eingezogenen Beträge an den VBV vorsehe, könne das nur so verstanden werden, daß der VBK die eingezogenen Beträge behalten dürfe. Die Rechtslage ist also in der Regel die, daß der VBV zwar Gläubiger ist, der VBK die Forderung aber über § 185, I BGB einziehen und für sich verwerten darf.

²⁹²) Lehmann, S. 314; Enn.-Lehmann, S. 321, Anm. 26; Siebert, S. 235, 237, 253–254; Stickel, S. 70; Brandes, S. 50; Hirsch, S. 42; Jacusiel, S. 87; Riegel, S. 69–70; Trost-Schütz, S. 368; a. A. Köhler, S. 16

²⁹³) So z. B. Meisner, S. 24; v. Wehner, S. 80; Brandes, S. 35, 49; Hirsch, S. 46; richtig dagegen Riegel, S. 59; Fiume, NJW 1959, 921

Aus dem Sicherungszweck ergibt sich jedoch die Grenze der Einziehungs-ermächtigung. Sie muß dann als widerrufen gelten, wenn der VBK im Verhältnis zum VBV in Zahlungsverzug gerät. In diesem Augenblick wird das Sicherungsbedürfnis des VBV akut, und die sicherungsweise erfolgte Abtretung wäre sinnlos, wenn VBK nun weiterhin zur Einziehung ermächtigt wäre. Damit ist die zeitliche Begrenzung gegeben und die Vereinbarkeit mit dem Wesen der Abtretung wieder hergestellt, da die Geltendmachung der Forderung durch den Zessionar nicht auf die Dauer ausgeschlossen ist. „Es liegt eine sog. stille Zession vor, die zwar – dem Zessionar – die Gläubigerstellung verschafft, aber nach Inhalt und Zweck in dem Sinne beschränkt ist, daß der Zedent . . ., solange er seine Geschäfte normal abwickelt, zur eigenen wirtschaftlichen Verwaltung und Verwertung der abgetretenen Forderungen berechtigt sein soll“²⁹⁴).

Die „Stille“ bei der stillen Zession besteht darin, daß die Abtretung nach außen hin nicht in Erscheinung tritt, solange sich die Rechtsbeziehungen zwischen Zessionar und Zedenten ordnungsgemäß gestalten. Für den Schuldner ist die Abtretung grundsätzlich nicht erkennbar. Sie wird ihm erst dann angezeigt, oder er erfährt erst dann von ihr, wenn der VBK in Zahlungsverzug oder in Zahlungsschwierigkeiten gekommen ist. Das entspricht auch dem Parteiwillen von VBV und VBK. Der Drittabnehmer braucht nicht zu erfahren, daß der VBK unter vEV eingekauft hat. Dies nicht deshalb, weil es „anstößig“ oder wirtschaftlich schädigend wäre; – das kann bei der heutigen Bedeutung des EV-Geschäftes nicht mehr angenommen werden. Der Grund liegt vielmehr in dem Interesse an der Wahrung des Kreditgeheimnisses. In dem gleichen Umstand ist im übrigen auch das von der Rechtsprechung geforderte „eigene wirtschaftliche Interesse“²⁹⁵) auf seiten des Ermächtigten zu sehen.

Die stille Zession²⁹⁶) ist in der Vereinbarung der Vorausabtretungsklausel enthalten. In sehr vielen ALB kommt das besonders zum Ausdruck. Man vereinbart etwa, der Abnehmer (VBK) sei ermächtigt, im Rahmen ordnungsgemäßer Geschäftsführung die EV-Sache weiterzuverkaufen und zu veräußern. Solange er seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber dem VBV fristgerecht nachkomme, könne er die abgetretene Forderung im eigenen Namen geltend machen. Meist wird auch noch weiter vereinbart, der VBK habe dem VBV die Drittabnehmer namentlich aufzuzeigen und die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, damit der VBV gegebenenfalls – d. h. frühestens bei Verzug des VBK – die Schuldner von der Abtretung benachrichtigen bzw. die Forderungen selbst einziehen könne. Damit ist die Ernstlichkeit der Abtretung zum Ausdruck gebracht²⁹⁷). Zu-

²⁹⁴) BGH NJW 1958, 458; s. auch RGZ 133, 242–243; 136, 102; RG DR 1939, 865

²⁹⁵) z. B. RGZ 91, 395–398; BGHZ 4, 165

²⁹⁶) s. hierzu auch Löbl, AcP 129, 324–330; Hoeniger, S. 25; Haas, S. 59; Stichel, S. 65; Riegel, S. 58; Brandes, S. 55; Trost-Schütz, S. 366

²⁹⁷) vgl. Schwartz, IHK, S. 30; Meisner, S. 24; Stichel, S. 70; Türk, JW 1911, 1006; Trost-Schütz, S. 366 und 368, jeweils mit Angaben

gleich wird aber auch dem Umstand Rechnung getragen, daß „es mit dem Wesen der Abtretung noch als vereinbar erscheint, wenn der Abtretende das Recht – zur Einziehung – nur zeitlich, insbesondere nur so lange behalten soll, als er seinen Zahlungsverpflichtungen dem Abtretungsempfänger gegenüber nachkommt“²⁹⁸⁾.

Als Beispiel mögen die in BGH NJW 1958, 458 mitveröffentlichten ALB eines Textilunternehmens dienen. Sie bestimmen u. a.:

„Der Käufer tritt hiermit die Forderung aus einem Weiterverkauf der Vorbehaltsware an den Verkäufer ab, und zwar auch insoweit, als die Ware verarbeitet ist. Der Verkäufer wird die abgetretenen Forderungen, solange der Käufer seinen Zahlungsverpflichtungen nachkommt, nicht einziehen. Der Käufer ist aber verpflichtet, dem Verkäufer auf Verlangen die Drittschuldner aufzugeben und diesen die Abtretungen anzuzeigen. Er ist berechtigt, die Forderungen solange selbst einzuziehen, wie ihm der Verkäufer keine andere Anweisung gibt.“

In dieser Klausel werden die Einziehungsermächtigung und ihre Grenzen deutlich umschrieben. Kommt die zeitliche Beschränkung der Ermächtigung nicht zum Ausdruck, ist sie wegen des Sicherungszweckes als mit in der Vorausabtretungsklausel stillschweigend vereinbart anzusehen.

Unter Heranziehung des § 157 BGB ist der Abtretungsempfänger bei der Sicherungsabtretung grundsätzlich zur Einziehung befugt, wenn der Abtretende mit der Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen ihm gegenüber in Verzug kommt²⁹⁹⁾. Vorher ist der Abtretende zur Einziehung ermächtigt³⁰⁰⁾.

Diese Beschränkung der Einziehungsermächtigung ist für die „Sicherungsvoraussetzung“ von ausschlaggebender Bedeutung. Sie vermeidet zwei Nichtigkeitsgründe. Stände – etwa auf Grund entgegenstehender Parteivereinbarung – die Einziehungsermächtigung dem VBK bis zu seinem Zahlungsverzug nicht zu, wäre seine wirtschaftliche Bewegungsfreiheit unzulässig beschränkt, was über § 138 BGB zur Nichtigkeit der Abrede führen würde³⁰¹⁾. Wäre dagegen das Einziehungsrecht des VBV dauernd ausgeschlossen, läge keine gültige Forderungsabtretung vor. Die zeitweilige Einräumung des Einziehungsrechts an den VBK bedeutet für den VBV keine Schmälerung seiner Sicherheit. Flume (NJW 1950, 845) weist mit Recht darauf hin, daß die Erteilung der Einziehungsermächtigung

²⁹⁸⁾ so RGRK, § 398, Anm. 1; vgl. auch RGZ 90, 276–277; 92, 108–109; 117, 72; 133, 242; 136, 102; 146, 400; RG HRR 1938, Nr. 645; RGZ 170, 191; BGHZ 4, 164

²⁹⁹⁾ so RGZ 142, 141; Stulz in der Anm. zu RG JW 1932, 1965–1967, daselbst S. 1966; Schlegelberger-Hefermehl, Anhang zu § 368, Anm. 25; Blomeyer, S. 295; Hochgürtel, S. 63; Brandes, S. 51–53; Hirsch, S. 45; Jacusiel, S. 87; Riegel, S. 57

³⁰⁰⁾ Flume, NJW 1950, 845; Stickel, S. 69, 73

³⁰¹⁾ neuerdings wieder BGH NJW 1958, 458; in anderem Zusammenhang OLG Stuttgart NJW 1958, 1875; s. auch BGH NJW 1959, 1535

ebensowenig eine Beeinträchtigung der Abtretung darstellt, wie die Einwilligung in den Weiterverkauf durch den VBK das vorbehaltene Eigentum an der EV-Sache entwertet.

dd) Keine Vorausabtretung auf den Fall der Insolvenz des Vorbehaltskäufers

Es hat sich gezeigt, daß der Zahlungsverzug des VBK für die sich aus der Vorausabtretungsklausel ergebenden Rechtsfolgen von besonderer Wichtigkeit ist. Das gilt naturgemäß in noch höherem Maße bei Zahlungseinstellung, der Eröffnung des Konkurses oder des gerichtlichen Vergleichsverfahrens. In der Regel werden dann erst die Sicherungen bedeutsam. Vorher werden die Sicherungsgeschäfte in ihrer Mehrzahl formularmäßig abgeschlossen. Ihre Bewährungsprobe kommt meist erst in der Insolvenz des VBK.

Das RG hatte in der Entscheidung RGZ 138, 89 ff. einen Fall zu entscheiden, in dem der VBK auf Grund des ALB des VBV verpflichtet war, in einem späteren Zeitpunkt, nämlich nach Zahlungseinstellung, die Kaufpreisforderungen gegenüber den Drittabnehmern an den VBV abzutreten. Eine derartige Vereinbarung beruht auf der praktischen Erwägung, vorher – solange sich die Geschäftsbeziehungen ordnungsgemäß entwickeln – sei eine Sicherung entbehrlich. Daher wurde die Abtretung nur für den Fall der Insolvenz vorgenommen. Mit Recht hat die Rechtsprechung derartige Klauseln für unwirksam erklärt³⁰²). Der Zweck des Konkursverfahrens ist die gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger. Von dem Moment der Zahlungseinstellung ab sind dem späteren Gemeinschuldner gemäß §§ 240, 241 KO alle Handlungen unter Strafandrohung versagt, die den Zweck des Konkursverfahrens zu vereiteln geeignet sind. Abtretungen für den Fall der Insolvenz bezwecken gerade die unzulässige Begünstigung des VBV im Konkurs des VBK. Sie sind daher nach § 138 BGB als nichtig zu betrachten.

Dagegen kann die Unwirksamkeit einer „Sicherungsvorausabtretung“ nicht daraus gefolgert werden, daß sie gewöhnlich erst bei Zahlungseinstellung bzw. Konkurs Bedeutung erlangt³⁰³). Wie Flume (NJW 1950, 845) zutreffend bemerkt, liegt das im Wesen einer jeden Sicherung. Das Wesen der Vorausabtretungsklausel als eines Sicherungsgeschäftes wird verkannt, wenn man gegen sie den Vorwurf erhebt³⁰⁴), sie sei lediglich ein Mittel zur Vereitelung des Konkurszweckes, nämlich der „par conditio creditorum“. Richtig ist, daß Vorausabtretungen auf den Insolvenzfall dem Konkurszweck zuwiderlaufen und in dem Ergebnis daher auch über § 138 BGB nichtig sind. Solche Formulierungen in den ALB sind also als unwirksam zu bezeichnen. Anders aber ist es bei den „Siche-

302) RG JW 1932, 1655; RGZ 138, 93–94; 142, 141; RG JW 1933, 40–42 mit zust. Anm. Stulz; OLG Celle NJW 1952, 306; BGH NJW 1958, 458; s. auch Stork, JW 1933, 1377–1378; Jacusiel, S. 86; Ludewig, DB 1951, 589; Sommer C, II, 1, c; Stickel, S. 67, 81; Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 26

303) ebenso Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 26; Hochgürtel, S. 34–35

304) so z. B. Schantz, S. 32–35; gegen ihn zutreffend v. Wehner, S. 62–63

rungsvorausabtretungen“, wie sie für die Vorausabtretungsklausel typisch sind. Hier wird die Forderung im voraus zur Sicherung des VBV abgetreten, ohne Rücksicht auf eine eventuell später eintretende Insolvenz. Die Vorausabtretung gilt also ganz allgemein, nicht erst etwa im Konkurs. Es sind zwei ganz verschiedene Situationen, ob eine Sicherung besteht, die sich dann normalerweise erst im Konkursfall zu effektuieren hat, oder ob die Sicherung überhaupt erst im Konkursfall entsteht³⁰⁵⁾.

Neuerdings hat der BGH (NJW 1958, 458) zu dieser Frage Stellung genommen. Bei Auslegung einer für die Vorausabtretungsklausel typischen ALB-Formulierung hatte das Kammergericht als Vorinstanz die Ansicht vertreten, in Wirklichkeit gehe es dem VBV nur darum, sich ungerechtfertigte Vorteile für den Fall des Zahlungsverzugs oder der Zahlungsunfähigkeit des VBK zu verschaffen. Der BGH stellt demgegenüber fest, daß diese Auslegung der Klausel, die zudem keineswegs auf den Insolvenzfall abstellte, dem Wesen einer Sicherungszession nicht gerecht werde. Vielmehr solle der VBV von Anfang an die vollen Gläubigerrechte haben, nur werde er so lange keinen Gebrauch von ihnen machen, als ihm nicht der VBK durch Säumigkeit in der Erfüllung seiner Zahlungsverpflichtungen Anlaß dazu biete. „Dies entspricht dem Wesen einer Sicherung, die ja stets nur verwirklicht wird, wenn der Sicherungsgeber seinen Pflichten nicht mehr nachkommt.“ Aus einer solchen vertraglichen Ausgestaltung der Befugnisse der Parteien des Sicherungsgeschäftes könnten keine Bedenken gegen die Wirksamkeit der Sicherungszession hergeleitet werden.

Die Entscheidung ist zu billigen. Sie hält sich an die vereinbarte Vorausabtretungsklausel und würdigt sie ohne Heranziehung rechtspolitischer Gesichtspunkte. Sie charakterisiert treffend das Wesen der „Sicherungsvorauszession“ als eines Sicherungsgeschäftes. Zugleich macht sie deutlich, daß bei Abfassung von ALB in der Praxis nicht auf den Insolvenzfall des Abnehmers abgestellt werden darf, soll die Klausel nicht nach § 138 BGB nichtig sein. Vielmehr ist die Vorausabtretung unabhängig vom Konkursfall zu vereinbaren, wie es auch in der Mehrzahl aller Fälle geschieht. Der VBV wird damit Inhaber der Forderung. Aus dem Sicherungscharakter der Vorausabtretungsklausel folgt, daß er erst bei Zahlungseinstellung seitens des VBK Gebrauch von der Sicherung macht und m. E. auch erst dann Gebrauch von ihr machen darf.

c) Veräußerung an einen Drittabnehmer

Bei der bisherigen Erörterung der Vorausabtretungsklausel hat sich gezeigt, daß die „Sicherungsvorausabtretung“ grundsätzlich zulässig ist. Jedoch ergaben sich verschiedene weitere Anforderungen, um die Wirksamkeit im Einzelfall, der allein in Frage kommen kann, bejahen zu können. Im Mittelpunkt steht dabei die Bestimmbarkeit. Bei Betrachtung der Rechtsprechung ergab sich,

305) Flume, NJW 1950, 845; Jacusiel, S. 8; Mertens, S. 24

daß die Bestimmbarkeit letztlich über Wert oder Unwert der Sicherung in Form der Vorausabtretungsklausel entscheidet. Daher ist die Untersuchung der Frage, wie nun die Bestimmbarkeit aufzufassen ist, zu vertiefen.

aa) Teilabtretung

Ausgangspunkt ist der Fall, der auch bislang als Beispiel erörtert worden ist: Der VBK verkauft und veräußert die EV-Sache an einen Drittabnehmer weiter, ohne sie vorher verarbeitet zu haben. Zur Veranschaulichung das Beispiel: Der VBK liefert dem VBK eine Ware für DM 500,-; VBK setzt sie an den Drittabnehmer ab zu DM 1000,-; der Drittabnehmer zahlt nicht sofort.

Die Vorausabtretungsklauseln bestimmen in der Regel nur, daß die Forderung aus dem Weiterverkauf – bereits jetzt – abgetreten wird. Das würde bedeuten, daß im vorigen Beispiel der VBK für seine Kaufpreisforderung von DM 500,- eine Sicherung in doppelter Höhe erhalten würde. Er wäre also um 100 % übersichert. Eine derartig hohe Übersicherung müßte – nachdem die Rechtsprechung die „Übersicherungsgrenze“ bei 20–25 % festgelegt hat³⁰⁶⁾ – zur Nichtigkeit der Sicherungsabrede nach § 138 BGB führen. Dem wird in der Praxis häufig dadurch vorgebeugt, daß in den ALB etwa auch vereinbart wird:

„Übersteigt der Wert der für uns bestehenden Sicherheiten unsere Forderungen insgesamt um mehr als 20 %, so sind wir auf Verlangen des Käufers insoweit zur Freigabe verpflichtet.“

Diese – bei BGH NJW 1958, 417 mitabgedruckte – und ähnliche Klauseln sind nur im Hinblick auf die Rechtsprechung zu verstehen. Sie sind aber bei Würdigung des Zweckes der Vorausabtretungsklausel überflüssig. Die Verlängerung des EV verändert dessen Zielsetzung nicht. Aufgabe dieser Art der Kreditsicherung des Warenlieferanten ist, ihm für seine Kaufpreisforderung eine „gleichwertige“ Sicherung zu geben, sei es in Form des vorbehaltenen Eigentums, sei es durch die „Verlängerung“ der Sicherung. Daraus folgte für die Verarbeitungsklausel das am Wert der gelieferten Ware orientierte Miteigentum. Das gleiche muß auch in der zweiten Phase gelten: Das Sicherungsinteresse des VBK besteht nur in Höhe des Wertes der von ihm an den VBK gelieferten EV-Sache. Eine höhere Sicherung widerspricht dem Zweck des Geschäftes, denn „als legitim ist nur die Sicherung des Vorbestandslieferanten in Höhe des von ihm gelieferten Vermögenswertes zu erachten“³⁰⁷⁾.

Somit wird das Problem der Bestimmbarkeit der durch die Vorausabtretungsklausel dem VBK zu seiner Sicherheit zuzuordnenden Forderungen zu einem Problem der Wertorientierung. Dabei ist zurückzugreifen auf den bereits ent-

³⁰⁶⁾ OLG Celle NJW 1952, 307; BGHZ 7, 370; BGH NJW 1958, 418; OLG Stuttgart NJW 1958, 1875–1876

³⁰⁷⁾ So richtig Flume, NJW 1950, 847; ähnlich ders. in NJW 1959, 918, 920, 921, 922; Erman, BB 1959, 1111; Larenz II, 74; Ludewig, DB 1951, 590; Hochgürtel, S. 21; Brandes, S. 88–89; Hirsch, S. 52–53; a. A. v. Wehner, S. 64–65, 85

wickelten Begriff des „Rechnungswertes“, des Wertes, der sich nach den Rechnungspreisen richtet und die Grundlage zur „Berechnung“ bzw. Bestimmung des Rechtes am Sicherungsgegenstand bildet.

Im obigen Beispiel sind zwei „Rechnungswerte“ gegeben: DM 500,— und DM 1000,—. Die Forderung muß bei Vorausabtretung bekanntlich erst im Moment ihres Entstehens bestimmbar sein, und zwar nach Gegenstand und Umfang. Schwierigkeiten entstehen üblicherweise nur beim Umfang, also bei der Bestimmung, inwieweit die Forderung abgetreten ist. Im Augenblick des Entstehens der Forderung des VBK gegen den Dritten ist die Sache DM 1000,— „wert“. Der Wert als pretiale Größe kann sich nur an der Höhe der durch den Verkauf entstehenden Forderung messen lassen. Würde man die Forderung in voller Höhe als an den VBV abgetreten betrachten, stände das nicht im Einklang mit dem Sicherungszweck. Möglich ist nur die Lösung, dem VBV zu seiner Sicherung an der Forderung von DM 1000,— einen Teilbetrag von DM 500,—, nämlich den Wert der von ihm gelieferten Ware zuzusprechen. Die Rechtsfolge der Vorausabtretungsklausel ist also unter Berücksichtigung der Sicherungsnatur des Rechtsgeschäfts nicht die Vollabtretung, sondern die Teilabtretung, orientiert am Wert der ursprünglich gelieferten EV-Sache³⁰⁸).

Bei teilbaren Rechten ist Teilabtretung möglich. Das erkennt auch Westermann in Erman's Kommentar (§ 398, Anm. 10) an³⁰⁹). Die Gläubigerstellung bei Forderungen ist teilbar. Das Gesetz sieht in §§ 1008 ff. BGB Miteigentum vor. Es ist kein Grund ersichtlich, daß es bei Forderungen und Rechten keine Mitinhaberschaft geben soll. Mit der Zulassung der Teilabtretung wird das von Rechtsprechung und Lehre anerkannt. Damit steht jedoch nicht im Einklang, daß Westermann (SR, S. 15) verlangt, die abgetretene Forderung müsse bestimmt bezeichnet sein, die Bestimmung nach dem summenmäßigen Wert reiche nicht aus. Zu fragen ist, wie der Umfang der Forderung bei Teilabtretung anders als nach dem „summenmäßigen Wert“ bestimmt werden soll. Auch ein Bruchteil ist letztlich eine Wertgröße, da er in Beziehung zu setzen ist zum Gesamtwert der Forderung. Der Widerspruch bei Westermann erklärt sich daraus, daß er nicht – der Natur der Forderung entsprechend – bei der Zession die Bestimmbarkeit im Rahmen des Bestimmtheitsgrundsatzes berücksichtigt. Die Forderung kann immer nur als auf einen Geldwert zurückführbar gedacht werden. Ihr Wert gehört zu ihrer Umschreibung. Bei der Verlängerung der Sicherung in der zweiten Phase kommt nur Teilabtretung in Frage; sie kann sich nur am Rechnungswert orientieren.

³⁰⁸) Hierzu s. auch Flume, NJW 1950, 846–847; 1959, 916, 918; Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 29; Hees, MDR 1955, 526; Sommer C, II, 1, b; Möllers, S. 71–72 (Abtretung „in Höhe des Kaufpreises“); Hochgürtel, S. 56, 58–59; OLG Naumburg JW 1933, 1146; zweifelnd Stulz in der Anm. daselbst; BGH NJW 1958, 418

Bedenken etwa bei Fischer, S. 52–55

³⁰⁹) s. im übrigen auch RGRK, § 398, Anm. 2; Palandt-Danckelmann, § 398, Anm. 3 b; RGZ 64, 122; 149, 98

Daraus ist zu folgern: Im obigen Beispiel wird der VBV auf Grund der Vorausabtretungsklausel Mitinhaber der Forderung gegen den Drittabnehmer im Verhältnis der Rechnungswerte 500 : 1000. Er ist Gläubiger der Forderung zu $\frac{1}{2}$; die andere Hälfte ist dem VBK – etwa wegen seiner besonderen Tüchtigkeit – zuzurechnen. Das entspricht der Interessenlage. Durch das Wertverhältnis ist der Umfang der an den VBV abgetretenen Forderung eindeutig bestimmt. Der eine Rechnungswert steht fest: Der Rechnungspreis, den der VBK nach Abzug sämtlicher Nachlässe effektiv zu zahlen hatte. Der Verkaufswert der EV-Sache variiert je nach der Lage am Markt und nach anderen Faktoren. Er ist jedoch in jedem Einzelfall ohne Schwierigkeit – etwa aus der Rechnung – festzustellen, da er mit dem Preis übereinstimmt, den der VBK für die EV-Sache erzielt hat. Der Anteil des VBV steht somit fest, der des VBK ist feststellbar. Aus dem Verhältnis der Werte zueinander ist der Umfang der abgetretenen Forderung zu entnehmen. Wäre im Beispiel der Verkaufspreis ebenfalls DM 500,-, hätte also der VBK aus irgend welchen Gründen zum Einkaufspreis verkaufen müssen, so ist Alleininhaber der Forderung, die den Wert von DM 500,- verkörpert, der VBV. Sein Sicherungsbedürfnis wird durch den wirtschaftlich ungünstigen Weiterverkauf nicht berührt. Verkauft der VBK unter dem Einkaufswert, was im Einzelfall betriebswirtschaftlich gerechtfertigt sein kann, so steht die Forderung ebenfalls wieder allein dem VBV zu. In Höhe des Mindererlöses ist er nun ungesichert.

Somit werden in der zweiten Phase zur Bestimmung der Höhe der Sicherung des VBV die gleichen Grundsätze angewandt wie bei der Verarbeitungsklausel. Statt Miteigentum im Verhältnis Stoffwert : Verarbeitungswert, entsteht nun hier Mitinhaberschaft an der Forderung im Verhältnis des Stoffwertes zum Wert des darüber hinaus erzielten Betrages, der mit dem Verarbeitungswert bei der Verarbeitungsklausel identisch ist. Abgetreten ist also nur ein Teil, dessen Umfang sich jedoch ohne Schwierigkeit dem Wertverhältnis entnehmen läßt.

Die Lösung bleibt die gleiche, wenn der VBK die Sache an einen Dritten weiterverkauft und -veräußert, nachdem er sie vorher mit eigenen Stoffen verarbeitet hat. Auch in diesem Fall entstehen wieder drei „Rechnungswerte“. Der Stoffwert, der Verkaufswert und der durch Subtraktion des Stoffwertes vom Verkaufswert zu ermittelnde „Verarbeitungswert“. Dieser Verarbeitungswert, der auch den Gegenwert für die mitverarbeiteten Stoffe des VBK umfaßt, ist dem VBK zuzurechnen. Der Stoffwert steht dem VBV zu. Das Verhältnis der Werte ist mit Abschluß des Kaufvertrages zwischen VBK und dem Dritten eindeutig festzustellen. Damit ist auch hier der Umfang der abgetretenen Forderung ohne Schwierigkeiten bestimmbar.

bb) Mitinhaberschaft bei mehreren Vorbehaltsverkäufern

Wesentlich häufiger sind in der Praxis die Fälle, in denen vor dem Weiterverkauf die EV-Sache mit Waren anderer Lieferanten verarbeitet wird. Aus dem

Weiterverkauf durch den VBK entsteht eine einheitliche Gesamtforderung. Dieser Fall bereitete bisher große Schwierigkeiten bei der Individualisierung dessen, was durch die Vorausabtretungsklausel erfaßt sei. Auszuscheiden sind zunächst wieder die Lieferanten, die nicht unter vEV geliefert haben. Ihr Eigentum ging bereits mit der Herstellung der neuen Sache gemäß § 950 BGB auf den VBK über. Sie sind ungesichert. Für die Lieferanten, die den vEV vereinbart haben, ist die Situation gleich der, in welcher der VBK eigene Stoffe mitverarbeitet hat.

Als Ausgangsfall folgendes Beispiel:

L1, L2 und L3 haben an VBK Waren geliefert. Die Rechnungswerte betragen bei L1 DM 1000,- bei L2 DM 750,- und bei L3 DM 250,-. Alle drei haben sie – jeder für sich – mit dem VBK vereinbart: „Für den Fall der Weiterveräußerung der gelieferten Ware, auch in verarbeitetem Zustand, tritt der Käufer die aus dem Weiterverkauf entstehende Forderung schon jetzt an den Verkäufer ab.“ Der VBK verarbeitet die Waren zu einer neuen Sache und verkauft sie an den Drittabnehmer, der nicht sofort zahlt, zu DM 5000,-.

Das Problem besteht darin: Wer ist Inhaber dieser Forderung in Höhe eines Wertes von DM 5000,-? Wenn es mehrere Inhaber gibt, in welchem Umfang steht ihnen jeweils die Forderung zu?

Die Rechtsprechung hat, soweit sie sich mit diesen Fragen beschäftigte, immer wieder die drei möglichen Wege aufgezeigt³¹⁰). Die Rechnungsforderung ist im vollen Umfang abgetreten, oder es ist abgetreten ein Teilbetrag, nämlich der Wert der gelieferten Ware einschließlich der Gewinnspanne des VBK, oder Gegenstand der Abtretung ist nur ein Teilbetrag der Forderung, der sich nach dem Wert der gelieferten Ware bestimmt. Da die ALB meist nicht bestimmen, welche dieser drei Möglichkeiten nun Platz greifen soll, hat die Rechtsprechung die entsprechenden Vereinbarungen meist als unwirksam erklärt. Dieses Vorgehen kann nicht gebilligt werden. Dies deshalb, weil im Zweifel immer die Lösung über § 157 BGB als vereinbart anzusehen ist, die dem Wesen der Vorausabtretungsklausel entspricht.

Zu Recht wurde in den Entscheidungen immer wieder festgestellt, daß die Vollabtretung nicht als Lösung in Frage komme. In der bereits bei Schilderung der Rechtsprechung des RG zur Frage der Bestimmbarkeit angeführten Entscheidung RGZ 155, 32 hat das RG bei Prüfung der Vollabtretung u. a. ausgeführt: Gegen sie spreche neben dem Wortlaut auch „der vernünftige Sinn“ der Vereinbarung. „Es kann nicht gemeint sein, daß bei einem Bau, der vielleicht viele 100 000 RM kostet, diese gesamte Bauforderung auf einen Lieferanten übergeht, der für einige hundert oder tausend Reichsmark Fliesen liefert

³¹⁰) z. B. RGZ 155, 31–32; RG JW 1939, 564; OLG Celle NJW 1952, 306–307; OLG Köln BB 1953, 898; BGH NJW 1958, 417–418; BGH BB 1959, 355

hat." Der BGH bestätigte diese Äußerung des RG in der Entscheidung BGH NJW 1958, 417–418: Die Abtretung der vollen Forderung würde bei solchen Lieferungen, die nur einen geringen Bruchteil des Wertes des erstellten Gebäudes ausmachen, dem VBV eine ganz unverhältnismäßige, ungerechtfertigte Übersicherung verschaffen. Zugleich würde die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des VBK übermäßig beschränkt. „Auch im vorl. Fall würde die Kl. für eine Lieferung von rund 2000,— DM die Vorausabtretung einer Forderung von annähernd 280 000,— DM erlangt haben. Solche Ergebnisse können bei vernünftiger Auslegung der Lieferbedingungen weder vom Lieferanten noch vom Abnehmer gewollt sein.“ Dem ist insoweit zuzustimmen. Es stünde im krassen Gegensatz zu Sinn und Zweck des Sicherungsgeschäftes, einem der drei Lieferanten im obigen Beispiel die gesamte Forderung in Höhe von DM 5000,— zuzuordnen. Formulierungen in ALB derart, daß die Forderungen in voller Höhe im voraus abgetreten würden, sind unwirksam. Eine andere Frage ist die, ob sie umzudeuten sind.

Die Rechtsprechung hat aber den weiteren Schritt, nämlich die Entscheidung, welche der beiden restlichen Lösungsmöglichkeiten in Betracht komme, nicht getan.

Nach den bisherigen Ergebnissen ist diese Entscheidung einfach. Dem Sicherungszweck kann nur eine Teilabtretung entsprechen. Es besteht kein Anlaß, dem VBV dabei mehr zuzusprechen als den Wert der von ihm gelieferten Ware. Insbesondere kann es nicht Aufgabe der durch VBK realisierten Gewinnspanne sein, zur Sicherung des VBV zu dienen. Der durch VBK erzielte Gewinn entstammt nicht den Vermögenskreisen der VBV und ist von ihrer Sicherung unabhängig. Die Sicherung soll lediglich die „wirtschaftlichen Surrogate“ erfassen. Damit ist jedoch noch nicht die Auffassung Westermanns³¹¹⁾ gerechtfertigt, daß der vEV mit der Vorausverfügung „praktisch die vom BGB mit Recht abgelehnte Surrogation“ bedeute und er deshalb abzulehnen sei. Es kam bereits verschiedentlich zum Ausdruck, daß der vEV keineswegs ein Fall der Surrogation ist. Wenn die praktischen Folgen ähnlich denen sind, wie sie bei Surrogation eintreten, so ist das darauf zurückzuführen, daß sich der VBV zu seiner Sicherung nur an die Vermögenswerte halten kann, die – wirtschaftlich gesehen – auf der von ihm gelieferten EV-Sache aufbauen. Daraus ein Argument gegen den vEV herleiten zu wollen, halte ich für abwegig.

Unter Berücksichtigung des Zweckes der Vorausabtretungsklausel, der in dem Durchgriff der Sicherung in die zweite Phase besteht, kann nur die Teilabtretung in Höhe des Wertes der jeweils gelieferten Ware als Lösung in Frage kommen. Alle anderen Vorschläge sind als nicht sachgerecht abzulehnen. Durch die Verarbeitung der verschiedenen Waren entstand bereits Miteigentum in Höhe der jeweiligen Werte. Es besteht kein Grund, diese Art der Lö-

³¹¹⁾ bei Erman, § 398, Anm. 7; s. auch Interessenkollisionen, S. 20 und v. Caemmerer, JZ 1953, 98

sung nicht in die zweite Phase der Sicherung zu übernehmen. Das Miteigentum an der neuen einheitlichen Sache wandelt sich bei der Weiterveräußerung um in die Mitinhaberschaft an der Gesamtforderung an den Drittabnehmer. Die Bestimmung der einzelnen Werte und des Wertverhältnisses macht keine Schwierigkeiten, welche die Bestimmbarkeit vereiteln würden. Die Rechtsprechung³¹²⁾ hat immer wieder betont, es sei rechtlich nicht möglich, eine künftige Forderung „insoweit abzutreten, als in ihr das Entgelt für das Rohmaterial eines gewissen Lieferanten“ stecke. Das ist deshalb zutreffend, weil bei solchen Abtretungsklauseln der Ausgangspunkt falsch gewählt ist und somit die Bestimmbarkeit nicht mehr bejaht werden kann. Wird die Forderung nämlich „insoweit“ abgetreten, so ist von der Gesamtforderung auszugehen und dabei festzustellen, welcher Teil nun auf die vom VBV gelieferte EV-Ware entfalle. In einer solchen Weise läßt sich die Gesamtforderung in der Tat nicht aufspalten; die Bestimmbarkeit ist ausgeschlossen³¹³⁾. Geht man aber vom Wert der ursprünglich gelieferten Sache aus, bedarf es eines derartigen Aufschlüsselungsversuches der Gesamtforderung nicht. Der Umfang der abgetretenen Forderung ist damit bereits festgelegt. Diese schon im Ansatzpunkt verschiedene Betrachtung wird m. E. nicht scharf genug getrennt und führt immer wieder zu Mißverständnissen. Eine Abtretung, die sich am Wert orientiert, ist eben keine Abtretung „insoweit“. Flume (NJW 1950, 847) erkennt das richtig, hält aber die Wertorientierung für eine – allerdings berechnete – Einschränkung der Verlängerung des EV. Ich sehe die Wertorientierung nicht als Einschränkung an. Vielmehr hält sie die vorher durch das Eigentum gewährleistete Sicherung auf der gleichen Höhe und verhindert eine dem Wesen des EV-Geschäft entgegenstehende Ausdehnung der Sicherheit.

Die Orientierung des Umfangs der abgetretenen Forderung am Wert der gelieferten Ware ergibt im oben gegebenen Beispiel des Ausgangsfalles folgende Inhaber-Verhältnisse: Von der Gesamtforderung ist im voraus abgetreten an L1 ein Teilbetrag im Werte von DM 1000,-, an L2 von DM 750,- und an L3 von DM 250,-. Die restlichen DM 3000,- stehen dem VBK zu. Also sind auch hier – wie vorher die Miteigentumsanteile an der neuen einheitlichen Sache – die Gläubigerstellungen an der Gesamtforderung: L1 : 1/5; L2 : 3/20; L3 : 1/20; VBK : 3/5.

Die Wertorientierung ist allein geeignet, eine gleichbleibende Sicherung der VBV zu begründen. Aus einem Hinweis auf § 947, I BGB ergibt sich die konstruktive Haltbarkeit dieser Lösung. Die Kontinuität der Sicherheit auf diesem Wege erklärt sich daraus, daß das Sicherungsbedürfnis der VBV in jeder Phase gleichbleibt und daher dem VBV nach der hier vertretenen Meinung das Eigentum bzw. die Inhaberschaft jeweils in wertmäßig gleichbleibender Höhe

³¹²⁾ vgl. RGZ 142, 142–143; 155, 32; zustimmend u. a. Flume, NJW 1950, 847; neuerdings wieder BGH DB 1959, 430

³¹³⁾ vgl. auch Flume, NJW 1950, 847

zu seiner Sicherung zugeordnet wird. Auch Flume vertritt in seinem schon mehrfach zitierten Aufsatz³¹⁴⁾ die Wertorientierung und kommt vom Miteigentum konsequent auf die Teilabtretung. Er wurde dazu jedoch durch die Rechtsprechung des RG angeregt, welche die Erfordernisse an die Bestimmbarkeit überspannte. Daher sagt Flume (NJW 1950, 846), die Lösung jedes „denkbaren“ Falles könne nur die Teilabtretung sein. Er sah also die Wertorientierung als ein Hilfsmittel an, das der Praxis gestatten solle, den Anforderungen durch die Rechtsprechung zu genügen und mit derartigen Klauseln in den ALB alle „denkbaren“ Fällen zu treffen. Diese Rechtfertigung der Wertorientierung ist bekanntlich mit BGHZ 7, 365 ff. im Jahre 1952 entfallen. Ich vertrete die Lösung dennoch, weil sie – unabhängig von der Einstellung der Rechtsprechung – als die einzig sachgerechte erscheint. Die Literatur sieht in der Wertorientierung eine „im Grundsatz richtige Begrenzung“, die aber wohl von den Parteien besonders vereinbart werden müßte³¹⁵⁾. Dem kann nicht gefolgt werden. Im Gegenteil, wenn nichts Abweichendes verabredet ist – das auf seine Vereinbarkeit mit § 138 BGB zu prüfen wäre – muß die Wertorientierung als beabsichtigte Lösung angenommen werden, da sie dem Zweck des Geschäfts und dem richtigen Parteiwillen entspricht.

d) Veräußerung an **mehrere** Drittabnehmer

Sehr häufig wird die EV-Sache – verarbeitet oder unverarbeitet – nicht an einen, sondern an mehrere Drittabnehmer durch den VBK verkauft und veräußert. Diese Fälle sind insofern komplizierter, da nun mehrere Forderungen bestehen. Die Untersuchung der Frage, wie der Umfang der abgetretenen Forderung hier zu bestimmen ist, kann ebenfalls wieder unterstellen, vor der Veräußerung sei die Sache verarbeitet worden; die Veräußerung ohne vorgängige Verarbeitung bietet keine im Prinzip abweichenden Probleme.

aa) Bei Beteiligung nur eines Vorbehaltsverkäufers

Ausgangspunkt ist folgendes Beispiel:

Der VBV liefert dem VBK eine Ware zu DM 1000,—. Der VBK verarbeitet sie mit eigenen Waren und verkauft sie weiter an drei Drittabnehmer, die alle drei nicht sofort zahlen. Die entstehenden Forderungen sind: Gegen D 1 DM 2000,—, gegen D 2 DM 2000,— und gegen D 3 DM 1000,—.

Es hat sich gezeigt, daß gemäß dem Zweck der Vorausabtretungsklausel eine nach dem Wert der gelieferten Ware zu bestimmende Forderung abgetreten

³¹⁴⁾ NJW 1950, 841–850; s. im übrigen Ludewig, DB 1951, 590; v. Wehner, S. 69–70; Hochgürtel, S. 146–149; Riegel, S. 53–55

kritisch: Schantz, S. 46–47; Brandes, S. 88–89; Hauß, S. 77; wohl auch Jacusiel, S. 84–85

³¹⁵⁾ vgl. Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 29; Staudinger-Berg, § 950, Anm. 15; ähnlich wohl auch Wolff-Raiser, S. 271, Anm. 4; auch Westermann, Interessenskoll., S. 22, bezeichnet die Lösung mit der Wertaufteilung als „ohne besondere Klausel in den allgemeinen Geschäftsbedingungen wohl kaum gangbar“.

werden soll, hier also in Höhe von DM 1000,—. In den Lieferungsbedingungen kommt dies bisweilen auch zum Ausdruck, indem vereinbart wird, der Forderungsübergang solle erfolgen „in Höhe unserer noch offenen Forderung“. Eine solche Angabe reicht für die Bestimmbarkeit aus, da die Feststellung der Höhe der noch offenstehenden Forderung im Augenblick des Verlustes des vorbehaltenen Eigentums durch die Weiterveräußerung „regelmäßig leicht möglich ist“³¹⁶⁾. Die bisherigen Erörterungen sind immer davon ausgegangen, daß der VBK an den VBV noch nichts bezahlt habe. Durch die Abstellung auf die „Höhe der noch offenstehenden Forderungen“ wird lediglich der in konstruktiver Hinsicht nicht abweichende Fall mitumfaßt, in welchem der VBK bereits eine oder mehrere Raten an den VBV gezahlt hat. Damit verschieben sich nur die „Rechnungswerte“ zugunsten des VBK. Sein Anteil als Miteigentümer bzw. als Mitinhaber wird größer. Von der dem VBK zustehenden Anwartschaft her betrachtet, wird der in der Anwartschaft verkörperte gegenwärtige Vermögenswert um so höher, je geringer die Restzahlung ist³¹⁷⁾.

Die Vollabtretung der gegen die verschiedenen Drittabnehmer entstehenden Forderungen kommt nicht in Betracht. Es sind jedoch zwei andere Lösungen denkbar, die z. B. in RGZ 149, 101 dargestellt sind: Die Forderungen an die verschiedenen Erwerber werden jedesmal in voller Höhe der noch offenstehenden Kaufpreisforderungen des VBV abgetreten. Oder die verschiedenen Kaufpreisforderungen werden jeweils in einem bestimmten Wertverhältnis abgetreten. Die „vervielfachte Abtretung“³¹⁸⁾ widerspricht der durch die Vereinbarung der Vorausabtretungsklausel angestrebten Sicherung. Durch die „Verlängerung“ des einfachen EV wird die durch ihn erzielte Sicherung nicht „verbreitert“. Damit entfällt die Möglichkeit anzunehmen, dem VBV seien im obigen Falle dreimal je DM 1000,— abgetreten. Sollte der Wortlaut der ALB im Einzelfall darauf hindeuten, so ist die Formulierung insoweit unwirksam; sie ist jedoch der berichtigenden Auslegung zugänglich.

Es bleibt somit nur noch die verhältnismäßige Abtretung. Unrichtig ist es, wenn das RG in diesem Zusammenhang³¹⁹⁾ auf das Verhältnis abstellen will, „in dem die gekauften Rohstoffe für die Weiterabnehmer verwendet worden sind“. Damit kommt die Entscheidung folgerichtig zur Ablehnung der Vorausabtretungsklausel, da eine solche Auffassung des Wertverhältnisses im Ergebnis eine Abtretung „insoweit“ darstellt, als in der Forderung „das Entgelt für das Rohmaterial eines gewissen Lieferanten steckt“. Das ist zu unbestimmt. Die abzutretende Forderung ist nicht mit den verwendeten Rohstoffen, sondern mit dem von ihr verkörpertem Wert ins Verhältnis zur Gesamtforderung zu setzen. Nur so handelt es sich überhaupt um zwei gleichartige Größen, die miteinander

³¹⁶⁾ RGZ 149, 101; 142, 140, 142

³¹⁷⁾ vgl. Larenz II, 72

³¹⁸⁾ zum Ausdruck: RGZ 149, 102

³¹⁹⁾ vgl. RGZ 149, 101–102; RG DR 1940, 582

der in Beziehung gebracht werden können. Die Betrachtungsweise ist nicht eine mengenmäßige, sondern sie muß eine wertmäßige sein. Bereits im Jahre 1932 vertrat Isele eine solche wertorientierte Teilabtretung³²⁰). Nach ihm ist bei objektiver Vertragsauslegung als Inhalt der Vorausabtretungsklausel anzusehen, „daß dem Zessionar ein dem jeweiligen Anteil seiner Waren an dem Gegenstand des Weiterverkaufs entsprechender Teil der Forderungen an die Abkäufer zustehen soll“. Eine anteilmäßige Vorausabtretung hält er zu Recht auch ohne ausdrückliche Abrede in der Regel als mitvereinbart.

Das Wertverhältnis im obigen Beispiel zwischen dem „Stoffwert“ der EV-Sache und dem durch Addition der drei Forderungen zu ermittelnden „Verkaufswert“ ist 1000 : 5000. Der durch Subtraktion sich ergebende „Verarbeitungswert“ ist 4000,—. Also sind die Miteigentumsanteile an der neuen Sache: 1/5 bei VBV und 4/5 bei VBK. Dieses Verhältnis wird nun bei Weiterverkauf und Weiterveräußerung in jede der drei entstehenden Forderungen transponiert. Somit stehen dem VBV bei den Forderungen an D 1 und D 2 jeweils 1/5 = je 400,— DM zu, bei der Forderung gegen D 3 : 1/5 = DM 200,—. Auf diese Weise ist seine von Anfang an bestehende Sicherheit im Werte von DM 1000,— auch über die Veräußerung der verarbeiteten Ware an mehrere Drittabnehmer hinaus verlängert worden. Die von der Sicherungsvorauszession ergriffene Forderung ist nach Gegenstand und Umfang genügend bestimmbar. Auch in diesem Fall führt die wertorientierte Vorausabtretung zur eindeutigen Individualisierung³²¹).

bb) Bei Beteiligung mehrerer Vorbehaltsverkäufer

Auf der Grundlage der jeweils ohne Schwierigkeiten eindeutig bestimmbar „Rechnungswerte“ und ihrem Verhältnis zueinander ist auch der praktisch schwierigste Fall zu lösen, daß Waren mehrerer Lieferanten im Betriebe des VBK zu einem einheitlichen neuen Produkt verarbeitet wurden und dieses neue Produkt anschließend durch den VBK an mehrere Drittabnehmer verkauft und veräußert wird. Auszuschalten sind wieder die Lieferanten, die sich nicht entsprechend gesichert haben. Ihre „Wertanteile“ gehen auf den VBK über. Das Beispiel ist nun dahingehend zu fassen:

Die drei Lieferanten liefern Waren (Rohstoffe) an VBK. Die Rechnungswerte sind: L 1 : 1000,— DM, L 2 : DM 750,— und L 3 : DM 250,—. Der VBK verarbeitet die Waren, eventuell noch mit eigenen bzw. solchen, die von ungesicherten Lieferanten stammen. Der VBK verkauft das Ergebnis der Verarbeitung an die drei Drittabnehmer, die allesamt nicht sofort zahlen. Es entstehen also drei Forderungen: An D 1 : DM 2000,—; an D 2 : DM 2000,— und an D 3 : DM 1000,—.

³²⁰) Isele in der Anm. zu RG JW 1932, 3174–3175; s. auch Flume, NJW 1950, 847, Anm. 37; v. Wehner, S. 69; ungenau Hochgürtel, S. 149–151; vgl. im übrigen Scholz, S. 340–341, N. 219; kritisch Schantz, S. 44–45

³²¹) so auch Flume, NJW 1950, 848; 1959, 918

Im Laufe der Untersuchung hat sich schon gezeigt, daß die Miteigentumsverhältnisse am Verarbeitungsprodukt in diesem Beispiel sind: 1/5, 3/20, 1/20, 3/5. Würde an einen Drittabnehmer verkauft, würde sich dieses Verhältnis auf die Mitinhaberschaft an der Gesamtforderung übertragen. Entstehen aber verschiedene Forderungen, so kann als Lösung nur in Frage kommen die gleichartige Fortsetzung des Verhältnisses der Beteiligungen an den jeweiligen Forderungen. Sie allein hält den Umfang der den einzelnen VBV zustehenden Sicherheiten aufrecht und rechnet den übrigen Teil der Forderungen jeweils dem VBK zu. Das Ergebnis ist also in der ersten und der zweiten Phase das gleiche. Der Weg dazu führt über die Wertorientierung. Die einzelnen an die verschiedenen Lieferanten abgetretenen Forderungen sind umfangmäßig eindeutig bestimmbar: Es läßt sich feststellen, welche Waren zu welchem Wert von welchen Lieferanten in dem verarbeiteten Produkt stecken³²²). Durch Addition der einzelnen Verkaufspreise ist der „Verkaufswert“ festzustellen. Damit steht das für die anteilmäßige Beteiligung ausschlaggebende Wertverhältnis fest.

cc) Schwierigkeiten bei der Wertorientierung

Die sich am Wert orientierende Lösung verkennt nicht, daß im Einzelfall Schwierigkeiten bei der Bestimmung des Umfangs der abgetretenen Forderung auftreten. Dabei handelt es sich m. E. jedoch nicht erst um Beweisschwierigkeiten, wie bisweilen vertreten wird³²³). Vielmehr halte ich die Begrenzung des Umfangs der abgetretenen Forderung für eine Frage des materiellen Rechts, während sich das gleiche Problem bei beweglichen Sachen in der Tat als eine Frage der Beweislast darstellt. Der Grund für diese uneinheitliche Betrachtungsweise liegt in dem Unterschied zwischen beweglicher Sache und Forderung. Die Bestimmtheit bezieht sich bei der beweglichen Sache auf den Verfügungsgegenstand. Der Umfang des Eigentums hat sich zwar auch aus der Verfügung zu ergeben, ist jedoch nicht inhaerenter Bestandteil. Die Folge war, daß die Verfügung als solche wirksam sein konnte; ließ sich der Umfang des übertragenen Rechts nicht beweisen, hatte das keinen Einfluß auf die materiellrechtlichen Vorgänge. Anders ist es bei Forderungsabtretungen. Hier fehlt es an einem körperlichen Substrat. Daher muß sich die Bestimmbarkeit – auf dem Wege der Umschreibung des zu übertragenden Rechts – auf Gegenstand und Umfang zugleich beziehen. Das hat die Rechtsprechung in den zur Frage der Bestimmbarkeit angeführten Entscheidungen immer wieder zutreffend hervorgehoben. Ist somit der Umfang des abgetretenen Rechtes nicht bestimmbar, kann die Verfügung nicht als wirksam angesehen werden. Das ist auch die

³²²) zweifelnd bei Bauforderungen Arndt, DRiZ 1952, 21; Hochgürtel, S. 155–156; s. auch BGH BB 1959, 355

³²³) etwa von Flume, NJW 1950, 848; 1959, 922; Ludewig, DB 1951, 590; Sommer C, II, 2, a; OLG Celle NJW 1952, 307; OLG Frankfurt MDR 1959, 579; richtig dagegen BGH NJW 1958, 418; wohl auch Hirsch, S. 53; Brandes, S. 80, 89

Ursache dafür, daß das Problem der Bestimmbarkeit des Umfangs derart im Mittelpunkt steht. Schwierigkeiten bei der Bestimmbarkeit des Umfangs der abgetretenen Forderungen haben materiellrechtliche Auswirkungen, nicht nur erst prozessuale.

Bei den im heutigen Großbetrieb mit seinen zahlreichen Zulieferbetrieben einerseits und der weiten Verbreitung des vEV andererseits sich ergebenden Verhältnissen, die für den Außenstehenden kaum zu übersehen sind, mag die Feststellung des Umfangs der abgetretenen Forderung im Einzelfall nur schwer durchführbar sein. Doch ist einmal bei der Bestimmbarkeit abzustellen auf den mit den Vorgängen vertrauten objektiven Beschauer. Zum andern ist aber der Schluß keineswegs zu billigen, der von den möglichen praktischen Schwierigkeiten im Einzelfall auf die Unzulässigkeit oder auch nur Fragwürdigkeit oder Unerfreulichkeit³²⁴⁾ des „Instituts“ der Vorausabtretungsklausel oder der Lösung des Problems über die Wertorientierung gezogen wird. Es ist nicht einzusehen, warum die wenigen Ausnahmefälle dem Warenlieferanten die für ihn typische Sicherungsform verschließen sollen. Zu beachten ist, daß die Fälle, in denen der Umfang der abgetretenen Forderung unbestimmbar ist, kaum ins Gewicht fallen. Mit Hilfe betriebswirtschaftlicher Unterlagen im Betrieb, wie sie bei der Verarbeitungsklausel aufgezeigt wurden, und insbesondere durch die moderne Buchführung lassen sich auch die als „schwierig“ anzusehenden Fälle durchweg lösen. Es bedeutet m. E. ein Stehenbleiben auf halbem Wege, wenn man die Bestimmbarkeit – entsprechend dem Wesen der Forderung – als Grundsatz bejaht, dann aber im Ergebnis doch wieder Bestimmtheit verlangt. Bestimmbar heißt, daß es möglich sein muß, auf irgendeinem Wege Gegenstand und Umfang der Abtretung zu bestimmen. Daher müssen auch alle Wege und Möglichkeiten ernstlich geprüft und genutzt werden. Grundlage muß der Abtretungsvertrag sein. Wird die Bestimmbarkeit akut, nämlich im Moment des Entstehens der Forderung, muß gegebenenfalls auch auf außerhalb des Vertrages liegende Hilfsmittel zurückgegriffen werden können. Nur so wird man dem Begriff der Bestimmbarkeit gerecht, und nur so vermeidet man „rein theoretische“ Ergebnisse.

e) Teilzahlung durch einen Drittabnehmer

Die Sicherung des einen oder der verschiedenen Lieferanten in der zweiten Phase wird unwirksam, sobald der Drittabnehmer die Forderung durch Erfüllung zum Erlöschen bringt, §§ 362, 185 BGB. Soweit man keine wertorientierte Forderungsaufteilung annimmt, bereiten jedoch Teilzahlungen des Drittschuldners erhebliche konstruktive Schwierigkeiten. Das Problem besteht darin: Wie wirkt sich die Teilzahlung des Dritten aus, bleibt die Sicherheit des VBV bestehen, oder vermindert sie sich, und in welcher Weise? Auszugehen ist von der

³²⁴⁾ vgl. Westermann, *Interessenkoll.*, S. 47, Anm. 49 a. E.

Überlegung, daß Teilzahlung Teilerfüllung ist. Der § 266 BGB steht dem nicht entgegen. Entfällt bei vollständiger Erfüllung die Sicherung des VBV, muß sie folgerichtig bei Teilerfüllung teilweise wegfallen.

Der einfachste Fall ist der, daß nur ein VBV vorhanden ist. An ihn hat der VBK mit der Vereinbarung der Vorausabtretungsklausel die Forderung in Höhe des Lieferwertes der EV-Ware abgetreten. Die Forderung ist damit wertmäßig zwischen VBV und VBK „aufgeteilt“. Zur Veranschaulichung wieder das gleiche Beispiel:

Die Forderung beträgt DM 5000,-; der VBV ist Gläubiger zu 1/5, der VBK zu 4/5. Der Drittschuldner zahlt an den VBK einen Teilbetrag von DM 1000,-.

Theoretisch sind drei Lösungen denkbar: Die Teilzahlung wirkt sich nur auf den Anteil des VBV aus, oder nur auf den des VBK, oder auf beide. Solange die Kaufpreisforderung, die der VBV gegen den VBK hat, nicht getilgt ist, besteht das Sicherungsbedürfnis des Warenlieferanten weiter, unabhängig von der Zahlung des Dritten an den VBK. Die erste Lösung scheidet also aus. Das Sicherungsinteresse spricht für die zweite Lösung. In dem rechtsähnlichen Fall, daß der VBK ohne Gewinn weiterverkaufte, wurde die Meinung vertreten, der VBK müsse das „Marktrisiko“ allein tragen. Hier jedoch kann diese Lösung nicht befriedigen. Das Verhältnis zwischen VBV und VBK hat sich nämlich insofern geändert, als nun schon eine Forderung entstanden ist und beide Gläubiger dieser Forderung sind. Jetzt besteht nicht nur ein einseitiges Sicherungsinteresse des VBV, sondern beide haben darüber hinaus ein Interesse an der Zahlung durch den Dritten. Aus dem Gedanken der Gemeinschaft zwischen VBV und VBK an der Forderung muß die Lösung, daß Teilzahlungen sich nur auf den Anteil des VBK auswirken, ausscheiden. Damit bleibt nur die Möglichkeit, daß die Teilzahlung die Anteile, sowohl des VBV, als auch des VBK, verringert. An dieser Stelle setzt wieder die Wertorientierung ein. Sie gibt den Maßstab der Auswirkung der Teilzahlung. Die Gläubigerstellungen beider Parteien werden anteilmäßig reduziert, je nach dem Wertverhältnis ihrer Beteiligung. Das würde also im Beispiel bedeuten, daß nach Zahlung eines Teilbetrages von DM 1000,- durch den Drittabnehmer an den VBK das Wertverhältnis insofern bestehen bleibt, als es sich nun auf die Inhaberschaft der Restforderung von DM 4000,- bezieht. Der Umfang der dem VBV zu seiner Sicherheit dienenden Forderung ist nun noch DM 800,-. Dem VBK sind die übrigen DM 3200,- zuzusprechen. Gegenstand und Umfang der Forderungen sind demnach auch nach der Teilzahlung weiterhin bestimmbar.

Nach dem gleichen Prinzip sind die Fälle zu lösen, in denen mehrere VBV an der Forderung beteiligt sind. Ihre und des VBK Interessen sind gleich zu werten. Teilzahlungen vermindern den Vermögenswert der Rechte aller Gläubiger im Verhältnis der Werte untereinander. Das Wertverhältnis setzt sich an der Restforderung fort. Teilzahlungen des Drittschuldners mögen „die Sachlage

noch komplizieren³²⁵⁾. Aber die Wertorientierung führt – entgegen Westermann³²⁵⁾ – keineswegs dazu, daß „die Bestimmung des Wertanteils fast unmöglich ist“. Vielmehr ist sie allein geeignet, zu Ergebnissen zu kommen, die konstruktiv haltbar und zugleich sachgerecht erscheinen. Die wertmäßige Aufteilung der Forderung zwischen den verschiedenen VBV und dem VBK vermeidet, daß bei Teilzahlung durch den Drittschuldner die Rechtslage unsicher wird. Sie gibt eine Handhabe dafür, daß die Anteile aller Beteiligten jederzeit bestimmbar sind, und sie verhindert Unklarheiten bei Lösung der Frage, welcher Forderungsteil getilgt sein soll³²⁶⁾. Die verhältnismäßige Anrechnung der Teilzahlung wird daher mit Recht verschiedentlich vertreten³²⁷⁾. Als Maßstab für das Verhältnis können nur die jeweiligen „Rechnungswerte“ in Betracht kommen.

5. Kollision zwischen der Vorausabtretungsklausel und der Sicherungsabtretung an Geldkreditgeber

a) Allgemeines

Ein Hauptanlaß dafür, daß die Fragen um die Vorausabtretung streitig werden, ist dann gegeben, wenn mehrere Abtretungen der gleichen Forderung miteinander kollidieren. Daher ist abschließend auf dieses Problem einzugehen. Nimmt man – entsprechend dem Wortlaut mancher Vorbehaltsklauseln – an, die beim Weiterverkauf entstehende Forderung werde durch den VBK in voller Höhe abgetreten, so kommt man zum ersten Kollisionsfall, wenn mehrere Lieferanten vorhanden sind, mit denen jeweils die Vorausabtretungsklausel vereinbart worden ist. Wie nachgewiesen wurde, entspricht die Vollabtretung aber nicht dem Wesen der Vorausabtretungsklausel. Mit ihr kann nur eine wertmäßig orientierte Teilabtretung erreicht werden, wie es auch dem Zweck des Geschäftes entspricht. Solange der „Verkaufswert“ nicht niedriger ist als die Summe der einzelnen „Stoffwerte“, wird jedem VBV ein Anteil an der Forderung zugeordnet, der dem vollen Wert der von ihm gelieferten Waren entspricht. Ist der Verkaufswert niedriger, vermindert sich der Anteil eines jeden nach dem wertbestimmten Verhältnis ihrer Berechtigungen. Bei derartigen Teilabtretungen untereinander besteht kein „rechtlicher Vorrang“, der sich etwa auf die nur zeitlich frühere Vereinbarung der Vorausabtretungsklausel stützen würde³²⁸⁾. Die Vorausabtretungen an die einzelnen VBV haben also gleichen Rang. Durch die wertmäßige Beschränkung überschneiden sie sich gegenseitig nicht. Damit kann „für die Fälle der Verarbeitung von Waren mehrerer

³²⁵⁾ vgl. Westermann, *Interessenkoll.*, S. 21, 47, Anm. 49 mit Hinweis auf v. Caemmerer, *JZ* 1953, 99; s. auch Fischer, *NJW* 1959, 368

³²⁶⁾ Bedenken bei Schlegelberger-Hefermehl, *Anh.* zu § 368, Anm. 29

³²⁷⁾ z. B. durch v. Caemmerer, *JZ* 1953, 99; Hufnagel, *NJW* 1952, 491; Hochgürtel, S. 61; a. A. Flume, *NJW* 1959, 922 mit Anm. 37; zutreffend neuerdings BGH *BB* 1959, 760–761; vgl. auch Erman, *BB* 1959, 1112

³²⁸⁾ so richtig RGZ 149, 98

Vorbehaltslieferanten und anschließender Gesamtveräußerung oder der bloßen Gesamtveräußerung der Waren mehrerer Vorbehaltslieferanten . . . im allgemeinen ein Konflikt zwischen den mehreren Zessionen nicht eintreten“³²⁹⁾. M. E. ist noch weiterzugehen und zu sagen: in diesen Fällen kann niemals ein Konflikt entstehen. Er wird durch die Wertorientierung der einzelnen Abtretungen von vornherein ausgeschaltet. Auch für den Fall des ungünstigen Weiterverkaufs ist damit ein Ordnungsprinzip gegeben, das – entgegen Flume (NJW 1950, 847) – auch in dieser Ausnahmesituation keinen echten Konflikt entstehen läßt.

Eine Kollision³³⁰⁾ zwischen der auf der Vorausabtretungsklausel beruhenden „Sicherungsvorauszession“ und anderen Zessionen ergibt sich aber dann, wenn der VBK vor oder nach der Vereinbarung mit dem VBV die gesamte Forderung in Form der Einzel- oder auch Globalzession abgetreten hat. Dabei interessiert nicht, ob für den VBV neue Ansprüche – etwa aus dem Gesichtspunkt der Vertragsverletzung – entstehen. Auch strafrechtliche Konsequenzen können unberücksichtigt bleiben. Es geht hier nur darum: Ist der VBV gesichert, auch wenn die Forderung Gegenstand mehrerer, sich inhaltlich widersprechender Abtretungen gewesen ist?

b) Das Prinzip der Priorität

Veräußert eine Person eine bewegliche Sache mehrere Male in zeitlicher Reihenfolge und ging bereits bei der ersten Verfügung das Eigentum über, ist damit ein Eigentumserwerb der späteren Vertragspartner nicht ausgeschlossen. Mit Rücksicht auf den durch den Besitz hervorgerufenen Rechtsschein, § 1006 BGB, hat das Gesetz in §§ 932 ff. BGB, 366 HGB dem Gutgläubigen die Möglichkeit vorbehalten, dennoch Eigentum zu erwerben. Rechtsverluste werden über § 816, I BGB ausgeglichen. Bei Forderungen dagegen fehlt mangels körperlichen Substrates der Besitztatbestand. Folgerichtig gibt es daher auch keinen gutgläubigen Erwerb bei Forderungen. Die immer wieder angeführten §§ 405 und 2366 BGB bringen keine echten Ausnahmen, da in beiden Fällen Urkunden vorhanden sind, die sich dazu eignen, Grundlage des guten Glaubens zu sein³³¹⁾. Insofern bestätigen diese beiden Vorschriften, daß gutgläubiger Erwerb bei Forderungen nicht nur im Gesetz nicht vorgesehen, sondern auch nicht denkbar ist. Dennoch mußte ein Prinzip gefunden werden, das bei sich widersprechenden Abtretungen eingreift und die Forderungen einem Rechtssubjekt zuweist. Man wendet hierbei das sog. Prioritätsprinzip an: Nur derjenige erwirbt die Forderung, dem sie in der zeitlichen Reihenfolge als erstem abgetreten worden ist. Die späteren „Abtretungsempfänger“ erwerben nichts. Das Gesetz hat dieses Prinzip nicht ausdrücklich statuiert. Es setzt es

329) Flume, NJW 1950, 847; weitergehend jedoch ders., NJW 1959, 918, 920

330) vgl. Fischer, S. 14

331) hierzu auch Westermann, Interessenskoll., S. 14–15

aber voraus, indem es die späteren „Erwerber“ als „Dritte“ bezeichnet und für Rechtsgeschäfte zwischen dem Schuldner und solchen „Dritten“ den § 407 BGB für anwendbar erklärt, § 408 BGB. Damit ist bestätigt, daß berechtigt nur der ist, an den die – zeitlich gesehen – erste Abtretung bewirkt worden ist. Das Prioritätsprinzip tritt bei Forderungen an die Stelle der Gutgläubensvorschriften bei beweglichen Sachen. Über die §§ 408, 407 BGB kommt man auch bei Forderungen zu § 816 BGB. „Der über die Empfangsberechtigung des Zessionars gutgläubige Schuldner wird also in seinem guten Glauben jedem früheren Erwerber gegenüber geschützt, während der erste alleinberechtigte Zessionar gegen jeden späteren Zessionar einen Anspruch aus § 816 BGB hat“³³²).

c) Dieses Prinzip gilt auch hier

Fraglich ist, ob das Prinzip der Priorität auch beim Zusammentreffen von Vorausabtretungsklausel und Sicherungsabtretung an Geldkreditgeber gilt. Zu beachten ist dabei, daß eine Kollision nur insoweit eintreten kann, als die Forderung auf Grund der Vorausabtretungsklausel dem einen oder den mehreren VBV zusteht. Verfügt der VBK über die ganze Forderung, ist er hinsichtlich seines Anteils Berechtigter. Bei Vereinbarung einer der Vorausabtretungsklausel nachfolgenden Sicherungsabtretung tritt also hinsichtlich des dem (oder den) VBV abgetretenen wertmäßigen Anteils die Kollision ein, wenn die Forderung inzwischen bereits entstanden ist. Aber auch bei zwei sich widersprechenden Vorausverfügungen liegt ein Kollisionsfall vor.

Auszugehen ist von dem einfacheren Fall, daß der VBK – nachdem die Forderung entstanden ist – eine Sicherungsabtretung an seinen Geldkreditgeber zu dessen Sicherung vornimmt.

Beispiel:

Der VBK bezieht vom VBV Waren unter Vereinbarung der Vorausabtretungsklausel. Noch bevor er an den VBV zahlt, verkauft und veräußert er die Waren – verarbeitet oder unverarbeitet – weiter. Er nimmt bei seiner Bank einen Geldkredit auf und tritt ihr die aus dem Weiterverkauf der EV-Ware an den Drittabnehmer entstandene Forderung sicherungshalber ab. Die Forderung beträgt wieder DM 5000,-; der Wert der vom VBV gelieferten Ware betrug DM 1000,-. Hat die Bank die Forderung in voller Höhe erworben?

Die Vorausabtretung der Forderung durch den VBK an den VBV wurde bei Entstehen der Forderung wirksam, und zwar in Höhe des Wertes der gelieferten EV-Ware, also DM 1000,-. Die Forderung stand VBV und VBK gemeinsam im Verhältnis 1/5 zu 4/5 zu. Wenn der VBK auch bezüglich der DM 1000,-

³³²) Koch, Kredit im Recht, S. 52; hierzu vgl. BGH NJW 1958, 459; BGH BB 1959, 359; Woeste, BB 1959, 618–619

aufschiebend bedingt berechtigt ist, so ist doch der VBV der Gläubiger; es handelt sich um eine Vollabtretung. Also ist der VBK – solange er nicht an den VBV zahlt – „in Höhe der noch offenstehenden Rechnung“ Nichtberechtigter. Die Bank kann die Forderung insoweit nicht erwerben, auch wenn sie gutgläubig ist. Die Verfügung des VBK ist hinsichtlich eines Teilbetrags von DM 1000,— unwirksam. Man wird jedoch unter Heranziehung des § 139 BGB dazu kommen, daß die Sicherungsabtretung an die Bank in Höhe von DM 4000,— gültig ist, da so wenigstens in dieser Höhe eine Sicherung der Bank ermöglicht wird. Zahlt der VBK die letzte Rate an VBV, erlischt dessen Sicherungsinteresse und sein Anteil geht auf den VBK über. Der VBK erwirbt damit auch noch insoweit die Forderung, und gemäß § 185, II BGB wird die Sicherungsabtretung an die Bank auch bezüglich dieses Teils der Forderung wirksam. Diese Grundsätze sind entsprechend anzuwenden, wenn mehrere VBV beteiligt sind. Somit gilt das Prioritätsprinzip dann, wenn die im voraus an den VBV abgetretene Forderung nach ihrer Entstehung an einen Dritten, in der Regel an den Geldkreditgeber, abgetreten wird.

Zwei Vorausverfügungen treffen im folgenden Beispiel zusammen:

Der VBK bezieht vom VBV; die Vorausabtretungsklausel wird verabredet. Bevor er die Ware weiterverkauft, tritt er die künftig sich aus ihrem Weiterverkauf ergebende Forderung an die Bank ab. Anschließend verkauft und veräußert er die Ware an den Drittabnehmer. Der „Verkaufswert“ ist wieder DM 5000,—, der „Stoffwert“ DM 1000,—.

In Konkurrenz stehen zwei sich teilweise überschneidende Vorausverfügungen. Die Vorausabtretungsklausel bezieht sich auf DM 1000,—, die Sicherungsabtretung an die Bank auf die gesamte Forderung in Höhe von DM 5000,—. Ein Kollisionsproblem ergibt sich demnach nur bei dem an den VBV im voraus abgetretenen Forderungsteil. Die Vorausverfügungen werden beide bei Entstehen der Forderung wirksam. Daraus kann aber weder der Schluß gezogen werden, die „Abtretungsempfänger“ würden deshalb zu gleichen Teilen berechtigt, noch der, keiner würde die Forderung erwerben, da sich nicht feststellen lasse, wem sie zustehen solle, weil die Verfügungen im Widerspruch untereinander ständen³³³). Das Entstehen der Forderung bestimmt nur den Zeitpunkt der Wirksamkeit der Vorausverfügung, nicht aber beeinflußt es die Vornahme der Verfügung. Sie aber ist allein entscheidend für die Frage, wer die Forderung erwirbt³³⁴). Also sind auch Vorausverfügungen nach ihrem Abschlußzeitpunkt unter das Prioritätsprinzip einzuordnen. Derjenige, an den zuerst – im voraus – abgetreten worden ist, wird zum „neuen Gläubiger“ der Forderung. So wird der VBV Gläubiger in Höhe eines Wertes von DM 1000,—; die restlichen

³³³) so aber Lange, NJW 1950, 567; gegen ihn z. B. Eichhorn, DB 1954, 532–533; Capeller, MDR 1956, 138

³³⁴) so auch Süß, S. 70; Eichhorn, DB 1954, 533; Capeller, MDR 1956, 137; wohl auch Hochgürtel, S. 70–71

DM 4000,— sind der Bank abgetreten. Soweit der VBK die DM 1000,— (eventuell in Raten) durch Zahlung an den VBV erwirbt, gehen sie gemäß § 185, II BGB auf die Bank über.

Zum umgekehrten Fall folgendes Beispiel³³⁵):

Ein Fabrikant tritt im voraus an seine Bank die Forderung ab, die er künftig durch den Verkauf einer ganz bestimmten Sache an einen bestimmten Abnehmer begründen wird. Anschließend beschafft er sich die nötigen Rohstoffe von seinem Lieferanten und vereinbart mit diesem die Vorausabtretungsklausel. Die „Rechnungswerte“ seien wieder DM 5000,— und DM 1000,—.

Nach dem Prioritätsprinzip entsteht die Forderung mit dem Weiterverkauf durch den VBK an den Drittabnehmer in voller Höhe (unmittelbar) bei der Bank. An sie wurde zeitlich früher die ganze Forderung abgetreten. Flume will es in diesem Falle nicht „dem zeitlichen Zufall der Priorität überlassen“, wessen Zession wirksam sei³³⁶). Er geht davon aus, daß der VBK durch die Vorausabtretungsklausel stillschweigend verpflichtet sei, nur so zu verkaufen, „daß die Kaufpreisforderung aus dem Weiterverkauf mit ihrer Entstehung auf den Vorbehaltsverkäufer“ übergehe. Auch sei er anders nicht zur Weiterveräußerung ermächtigt. Verkäufe und veräußere er die EV-Sache weiter und ginge infolgedessen die Forderung an einen anderen als den Erstzessionar über, stelle das zugleich eine unerlaubte Handlung dar. Deshalb habe der VBK gegenüber dem Erstzessionar (der Bank) die Einwendung: „Die Erstzession als Zession einer künftigen Forderung kann sich nicht auf Forderungen beziehen, die, wenn sie in die Zession einbezogen werden sollten, nur durch Vertragsbruch und unerlaubte Handlung zur Entstehung gelangen könnten, indem der Erstzessionar einen Vermögenswert erhielte, der dem Vorbehaltsverkäufer rechtswidrig weggenommen würde.“ Der Zessionar müsse bei Abtretung zukünftiger Forderungen stets damit rechnen, daß der Zedent die Ware für diese Verkäufe unter Vereinbarung der Vorausabtretungsklausel beziehe. Als „Teilnahme des Zessionars an dem Vertragsbruch und der unerlaubten Handlung des Zedenten“ könne die Erstzession für diese Fälle nicht wirksam sein. Daher breche sich jede Abtretung zukünftiger Forderungen am vEV.

Die Ansicht Flumes ist abzulehnen, und zwar aus drei Gründen:

aa) Der Ausgangspunkt ist verfehlt. Die Ermächtigung zur Weiterveräußerung als abstraktes Geschäft ist keineswegs in der Weise beschränkt, daß der

³³⁵) Von einem gleichgelagerten Beispiel geht auch Flume aus, NJW 1950, 847

³³⁶) NJW 1950, 847; ihm folgend Hees, MDR 1955, 525–526 und Hochgürtel, S. 73–78; in NJW 1959, 918–921 erläutert Flume nochmals seine These, macht jedoch immerhin die Einschränkung, der vEV sei einer ihm vorhergehenden Zession nur in Höhe des Wertes der VBWare überlegen. Im Ergebnis wie Flume – jedoch lediglich für den Fall, in dem die Bank tatsächlich weiß, daß der VBK nur unter vEV einkaufen kann – neuerdings BGHZ 30, 149–154 = JZ 1959, 600–601 mit zust. Anm. von Blomeyer = BB 1959, 759–760 = DB 1959, 857–858 = NJW 1959, 1533–1536 mit kritischer Anm. von Dempewolf, NJW 1959, 1533–1535 und in MDR 1959, 805–806 und DB 1959, 1160–1161; gegen Dempewolf nicht überzeugend: Falkenstein, DB 1959, 1245–1247; zu Recht einschränkend jüngst BGH NJW 1960, 1003–1004; s. auch Rietschel bei LM, § 398, Nr. 9

VBK als Nichtberechtigter verfügen würde, wenn der VBV nicht Gläubiger der Forderung wird. Einmal ist eine derartige Beschränkung der Ermächtigung unmöglich, denn sie bezieht sich nicht auf den Umfang, sondern auf den Inhalt der Ermächtigung. Zum andern ist der Eintritt der Wirksamkeit der Vorausverfügung gegenüber der Ermächtigung zur Weiterveräußerung „sachfremd“. Darüber hinaus würde diese Einschränkung eine derartige Rechtsunsicherheit mit sich bringen, daß der abstrakte Charakter der Ermächtigung praktisch aufgehoben wäre.

- bb) Flume geht zu weit, wenn er im Abschluß eines Vorausabtretungsvertrages die Teilnahme an einer späterhin vom VBK zu begehenden unerlaubten Handlung sehen will. Abgesehen davon, daß er damit die durch § 826 BGB gesteckten Grenzen überschreitet, fingiert er ein Verschulden des Erstzessionars. Es ist völlig ausgeschlossen, der Bank zuzumuten, zu wissen oder fahrlässig zu verkennen, daß ihr Zedent die Ware später unter Vereinbarung der Vorausabtretungsklausel kaufen wird. Vielmehr spricht die Tatsache des gegebenen Geldkredits gerade dafür, daß er bar bezahlen will³³⁷⁾.
- cc) Der Vorschlag Flumes widerspricht der gesetzlichen Regelung, wie sie in §§ 408, 407 BGB zum Ausdruck kommt. Diese Vorschriften wären nämlich insoweit überflüssig, als ihnen ein Großteil der soziologischen Tatbestände entzogen wird, für deren rechtstechnische Lösung sie bestimmt sind.

Mit der durchaus h. M. ist somit auch dieser Fall nach dem Prinzip der Priorität zu lösen³³⁸⁾. Bei Kollisionen zwischen Interessen der Waren- und Geldkreditgeber liegt es zwar nahe, eine letztlich rechtspolitisch erwünschte Lösung zu vertreten. Das aber muß als unzulässig bezeichnet werden. Zulässig und befriedigend ist nur die Methode, die den Konflikt nach den Grundsätzen des geltenden Rechts zu lösen sucht. Auch deshalb ist hier die Anwendung des Prioritätsprinzips erforderlich. Durch das in der zeitlichen Reihenfolge der Abtretungen liegende Zufallsmoment mögen sich im Einzelfall Härten und Un-

³³⁷⁾ So mit Recht Westermann, *Interessenkoll.*, S. 22; gegen Flume z. B. auch v. Caemmerer, *JZ* 1953, 98, Anm. 22; Eichhorn, *DB* 1954, 533; Capeller, *MDR* 1956, 138; Dempewolf, *NJW* 1956, 852; ders., *MDR* 1959, 801–804; ders., *DB* 1959, 1161; Fischer, S. 43–45; Franke, *BB* 1959, 543; Erman, *BB* 1959, 1110–1111; *OLG Karlsruhe* *DB* 1958, 1096; *OLG Hamburg* *NJW* 1959, 102–103 mit nicht überzeugender Kritik durch Neubeck in *NJW* 1959, 582; vgl. auch *BGH NJW* 1959, 1535–1536; im Ergebnis wie Flume auch Gast, *DB* 1958, 1236; gegen sie mit Recht Dempewolf, *DB* 1959, 565

³³⁸⁾ s. z. B. v. Tuhr II, 1, 392; Ramsauer, S. 71; Jacusiel, S. 88; v. Caemmerer, *JZ* 1953, 98; Schlegelberger-Hefermehl, *Anh. zu § 368*, Anm. 29 a. E.; Möllers, S. 72; Schenkel, S. 48–49; Eichhorn, *DB* 1954, 533; Capeller, *MDR* 1956, 139; Dempewolf, *NJW* 1956, 851–853; ders., *DB* 1959, 565; *MDR* 1959, 806; ders., *NJW* 1957, 858 mit Hinweis auf ein unveröffentlichtes Urteil des KG vom 15. I. 1957 – 2 U 1846/56 –; näheres zu diesem Urteil bei Keller, *NJW* 1957, 1787; neuerdings wieder *OLG Hamburg* *NJW* 1959, 103; zweifelnd Neubeck in der Anm. hierzu in *NJW* 1959, 581

abweichend Fischer, S. 40–43, der ausschließlich auf den Willen des Zedenten abstellt, jüngst wieder in *NJW* 1959, 367–368

billigkeiten ergeben. Sie können jedoch nichts gegen die Anwendung des Prioritätsprinzips aussagen. Das Gesetz nimmt sie bewußt in Kauf, um zu einer klaren Lösung zu kommen.

6. Ergebnis

Damit sind die wichtigsten Fragen der Vorausabtretungsklausel behandelt. Als Ergebnis ist festzuhalten:

- a) Bereits bei dem Begriff der zukünftigen Forderung beginnt die Uneinheitlichkeit. Zukünftig ist nur die Forderung, deren Entstehungstatbestand noch überhaupt nicht oder nur teilweise verwirklicht ist.
- b) Zukünftige Forderungen sind – wie es auch die h. M. annimmt – übertragbar.
- c) Aus dem Wesen der Forderung als der „gedachten Welt angehörig“ folgt, daß bei ihr nicht Bestimmtheit, sondern Bestimmbarkeit zu fordern ist.
- d) Das Abstellen auf den „denkbaren Fall“ bei der Frage der Bestimmbarkeit durch das RG (ab 1932) ist abzulehnen.
- e) Die Rechtsprechung des BGH in dieser Frage ist zu begrüßen.
- f) Surrogation kann weder vertraglich vereinbart werden, noch entspricht sie der Natur der Vorausabtretungsklausel.
- g) Auch die Lösung über die Vereinbarung eines Kommissionsverhältnisses ist nicht zu billigen.
- h) Die im voraus abgetretene Forderung entsteht unmittelbar beim Zessionar; die „Durchgangstheorie“ verkennt das Wesen der Vorausabtretung.
- i) Die „Sicherungsvorauszession“ ordnet dem VBV die Forderung zu; der VBK wird aufschiebend bedingt berechtigt; die Rechtslage gleicht im Prinzip dem § 455 BGB.
- j) Die Einziehungsermächtigung endet ohne weiteres bei Zahlungsverzug des VBK.
- k) Die „Sicherungsvorausabtretung“ ist allgemein vorzunehmen; sie ist unwirksam, wenn sie auf den Fall der Insolvenz des VBK abgestellt ist.
- l) Sowohl bei Veräußerung an einen als auch an mehrere Drittabnehmer sind alle Fälle über die wertorientierte Teilabtretung zu lösen.
- m) Bei Teilzahlungen durch den Drittabnehmer vermindern sich die Anteile nach ihrem Wertverhältnis untereinander.
- n) Kollisionen zwischen verschiedenen Vorausabtretungen sind nach dem Grundsatz der Priorität zu beurteilen.

Ebenso wie bei der Verarbeitungsklausel zeigte sich auch hier, daß keineswegs Einhelligkeit über die Lösung der verschiedenen Fragen besteht. Zu einheitlichen Ergebnissen führt nur die in dieser Arbeit vertretene wertmäßige Beschränkung der Sicherheit des VBV, die allein dem Wesen des EV-Geschäfts als eines Sicherungsgeschäftes entspricht. Diese Meinung ist daher zu befürworten als allgemein gültiger Vorschlag, nicht etwa nur mit Rücksicht auf die – durch den BGH überholte – Rechtsprechung des RG. Dabei ergibt sich im übrigen auch aus der Beschränkung der Sicherheit des VBV auf den Wert der ursprünglichen EV-Ware, daß eine Übersicherung unmöglich ist. Dieses Ergebnis ist sachgerecht. Der Umweg der Rechtsprechung, die etwa 20–25 % Übersicherung zuläßt, ist damit unnötig. So zeigt sich ein weiterer Vorteil dieser Auffassung vom vEV. Die über § 138 BGB zur Nichtigkeit führende Übersicherung ist ausgeschaltet. Der VBV erhält wertmäßig nur soviel, wie ihm zu seiner Kreditsicherung gebührt. Damit ist nicht nur den Interessen von VBV und VBK Genüge getan, sondern auch den übrigen Gläubigern des VBK stehen möglichst viele Vermögenswerte zum Zugriff offen. Die am Wert orientierte Teilabtretung ist bei richtiger Auslegung des Begriffs der Bestimmbarkeit *de lege lata* konstruktiv nicht zu beanstanden. Das Miteigentum in der ersten Phase wird zur Mitinhaberschaft an der Forderung in der zweiten Phase. Allein diese Lösung ist geeignet, einheitliche Ergebnisse zu gewährleisten und entspricht den Interessen aller Beteiligten.

III. DIE VERKAUFSERLÖSKLAUSEL

1. Das Problem

Die Sicherung des VBV, die in der zweiten Phase durch die Forderung gegen den Drittabnehmer gewährleistet war, geht unter, sobald der Dritte an VBK zahlt und damit nach §§ 362, 185 BGB die Forderung zum Erlöschen bringt³³⁹). Wenn der VBK bis zu diesem Zeitpunkt seinerseits an VBV noch nicht vollständig bezahlt hat, besteht bei VBV weiterhin das Sicherungsbedürfnis „in Höhe der noch offenstehenden Forderung“. Das Problem ist: Kann der VBV seine Sicherung auch in dieser dritten Phase, also nach Zahlung des Drittabnehmers an VBK, verlängern? Er könnte dies dann, wenn der gezahlte Betrag in sein Eigentum fiel und so zu seiner Sicherung dienen würde. Dabei ist auch in der dritten Phase eine Beschränkung der Sicherung auf den Wert der gelieferten EV-Ware vorzunehmen, abzüglich immer eventuell bereits geleisteter Anzahlungen. Der Zweck des Sicherungsgeschäftes ist in allen drei Phasen der gleiche: der VBV soll neben seiner Kaufpreisforderung gegen VBK eine dingliche Sicherheit erhalten. Gerechtfertigt kann sie nur durch das Sicherungsinteresse des VBV werden. Das aber besteht immer „nur in Höhe des Werts der gelieferten Ware“³⁴⁰).

Soweit in der Praxis für die dritte Phase die Verkaufserlösklausel verabredet wird, vereinbaren die Parteien etwa folgendes:

„Bis zur vollständigen Bezahlung unserer Rechnung zieht unser Abnehmer die Forderungen aus dem Weiterverkauf unserer Ware für uns ein“,

oder:

„Das Eigentum am Verkaufserlös geht zu unserer Sicherung auf uns über. Unser Abnehmer ist zur ordnungsmäßigen Einziehung der Beträge berechtigt. Er hat sie in Höhe unserer jeweils noch offenen Forderung unverzüglich an uns abzuführen“,

oder:

„Unser Abnehmer verwahrt die eingezogenen Beträge zu unserer Sicherung.“

Diesen und ähnlichen Verkaufserlösklauseln ist gemeinsam, daß sie den VBV in der dritten Phase durch das Eigentum an dem durch den Dritten gezahlten Betrag sichern sollen. Der VBV aber tritt mit dem Drittabnehmer nicht in Beziehung. Als „Mittelsmann“ für den Eigentumserwerb soll der VBK dienen. Das kommt in den Klauseln zum Ausdruck, wenn vereinbart wird, der VBK solle

³³⁹) Der Dritte wird frei ohne Rücksicht auf seinen guten oder bösen Glauben; § 407 BGB ist nicht anwendbar; a. A. z. B. Woeste, ZK 1954, 686

³⁴⁰) So Baur, JZ 1953, 373; das anerkennt u. a. Westermann, Interessenkoll., S. 14; neuerdings wieder Mückenberger, NJW 1958, 1756

den Erlös „für“ den VBV einziehen, oder er sei zur Einziehung „berechtigt“, habe den Betrag jedoch abzuführen oder zu verwahren. Der VBK soll berechtigt und verpflichtet werden zur Abgabe aller rechtsgeschäftlichen Erklärungen und zur Vornahme der Handlungen, die dem VBV Eigentum am Erlös verschaffen. Das rechtstheoretische Problem liegt somit im Eigentumserwerb durch einen Stellvertreter. Dabei ist eine Lösung anzustreben, die den VBV unmittelbar Eigentum erwerben läßt. Geht das Eigentum nämlich „durch“ die Person des VBK, kann es bereits mit Pfandrechten oder Pfändungspfandrechten Dritter belastet sein. Das aber entspricht weder dem Sicherungszweck des EV-Geschäftes in der dritten Phase noch der Interessenlage.

Die Darstellung der Verkaufserlösklausel kann relativ kurz gehalten werden. Dies aus zwei Gründen: Die theoretischen Grundlagen sind weitgehend unstrittig, im übrigen auch bereits in dieser Untersuchung behandelt, soweit sie das anticipierte Besitzkonstitut betreffen. Zum andern ist die praktische Bedeutung der Klausel gering. Der Befriedigung des Sicherungsbedürfnisses stehen praktische Schwierigkeiten im Wege, deren Ausräumung in den weitesten Fällen unmöglich ist.

2. Lösungswege

Das Ziel der Verkaufserlösklausel, dem VBV das Eigentum an den Geldscheinen und Geldstücken, die der Drittabnehmer an den VBK zahlt, zu verschaffen, kann auf verschiedenen Wegen erreicht werden.

a) Eigentumserwerb durch Stellvertreter

aa) Allgemeines

Die Vorschriften über die Stellvertretung, §§ 164 ff. BGB, beziehen sich auf Rechtsgeschäfte. Ihre Grundlage ist die Willenserklärung. Soweit es sich nicht um höchstpersönlich abzugebende Willenserklärungen handelt, z. B. § 13 EheG, ist Stellvertretung bei Rechtsgeschäften grundsätzlich zulässig. Zur Übereignung von Geld bedarf es nach § 929 BGB der Einigung. Sie ist ein Rechtsgeschäft. Stellvertretung bei der Abgabe von Einigungserklärungen ist somit zulässig. Zur Einigung muß jedoch noch die Übergabe des Geldes hinzukommen. Die Übergabe bedeutet die Übertragung des Besitzes an dem Geld. Der Sachbesitz stellt sich nach h. L. dar als das tatsächliche Herrschaftsverhältnis, das eine unmittelbare Einwirkungsmöglichkeit auf die bewegliche Sache gestattet. Der Besitz muß zwar vom Besitzwillen getragen sein, um Rechtswirkungen zu entfalten. Dadurch wird jedoch die sich in rein tatsächlichen Beziehungen erschöpfende Natur des Besitzes nicht beeinflußt. Insbesondere wird dadurch die Besitzübertragung nicht zum Rechtsgeschäft. Das bestätigt § 854, I BGB, der für den Besitzerwerb lediglich die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die Sache erfordert. Damit ist der Besitzerwerb weder

Rechtsgeschäft noch geschäftsähnliche Handlung. Wer in die Lage versetzt wird, die tatsächliche Gewalt auszuüben, wird vom Gesetz als Besitzer angesehen. Die Rechtsfolge des Besitzererwerbs knüpft an rein tatsächliche Vorgänge an. Somit ist der Besitzerwerb Realakt. Die Rechtsnatur des Besitzererwerbs wird nicht dadurch geändert, daß die h. M. zu Recht den Besitzbegründungswillen fordert³⁴¹⁾. Sie trägt mit diesem Erfordernis nur dem Umstand Rechnung, daß niemand gegen seinen Willen Besitzer werden soll. Verlangt wird daher auch nur der „natürliche Wille“, nicht aber ein rechtsgeschäftlicher. Ausscheiden muß von vornherein der Besitzerwerb mittels eines Besitzdieners. Zwar tritt bei der Besitzdienerschaft unmittelbarer Erwerb des Besitzherrn ein. Das beruht jedoch nicht auf Stellvertretungsgrundsätzen, sondern ist im Wesen der Besitzdienerschaft begründet. Selbst wenn man den Besitzdiener – untechnisch – als Stellvertreter im Besitz des Besitzherrn bezeichnen würde, kann er doch nicht als dessen Vertreter Besitz erwerben. Für Bejahung der Vertretungswirkung wäre es notwendig, daß die Besitzergreifung des Vertreters dem Vertretenen den Besitz verschafft³⁴²⁾. Innerhalb des Besitzdienerverhältnisses hat der Besitzdiener aber niemals den Besitz, sondern nur die „Innehabung“³⁴³⁾. Erforderlich für die Anwendbarkeit des § 855 BGB ist das Vorliegen eines sozialen Abhängigkeitsverhältnisses. Ein solches ist im Verhältnis zwischen VBK zu VBV nicht gegeben. Sie stehen sich vielmehr als gleichberechtigte Vertragspartner gegenüber.

Da der Besitzerwerb ein rein tatsächlicher Vorgang ist, an den das Gesetz Rechtsfolgen anschließt, ist eine Stellvertretung im Besitzerwerb nicht denkbar. Die scheinbare Ausnahme bildet § 854, II BGB. Sie ist jedoch insofern keine echte Ausnahme, als die Voraussetzungen nicht gleich sind. Nach § 854, II BGB genügt zum Besitzerwerb die Einigung zwischen den Parteien, wenn der Erwerber in der Lage ist, die Gewalt über die Sache auszuüben. Der Übertragende muß sich also des Besitzes begeben haben. Dann entfällt das Erfordernis der tatsächlichen Besitzesinräumung, der körperlichen Besitzübertragung. Die an ihre Stelle tretende Einigung ist aber ein Rechtsgeschäft. Hier sind nach allgemeinen Grundsätzen die Vorschriften über die Stellvertretung anwendbar.

Die Praxis kommt aber, wie auch der Fall der Verkaufserlösklausel zeigt, ohne Eigentums- – und damit auch Besitzerwerb – durch Stellvertreter nicht aus. Mit Hilfe der vom Gesetz gebotenen Möglichkeiten sind verschiedene Wege entwickelt worden, um dennoch zum Ziel zu kommen, ohne dabei gesetzlich nicht vorgesehene Eigentumserwerbsgründe zu schaffen, was im Hinblick auf den sog. *numerus clausus* im Sachenrecht unzulässig wäre.

³⁴¹⁾ s. z. B. RGRK, § 854, Anm. 3 b; Wolff-Raiser, S. 38–39 mit Nachweisen; RG JW 1925, 784–785; OGHZ I, 153–154; kritisch u. a. Westermann, S. 67–68; wohl auch Hedemann in der Anm. zu RG JW 1925, 784

³⁴²⁾ so richtig RGRK, § 854, Anm. 5; s. auch § 855, Anm. 1

³⁴³⁾ vgl. Palandt-Hoche, § 855, Anm. 3; RGZ 66, 265; 137, 26–27; BGHZ 8, 132–133

bb) Offene Stellvertretung

Die Voraussetzungen der offenen Stellvertretung sind einmal das Bestehen der Vertretungsmacht, darüber hinaus aber auch das nach außen hin erkennbare Auftreten im Namen des Vertretenen. Rechtsfolge ist nach § 164, I BGB, daß die solchermaßen abgegebenen Willenserklärungen unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirken.

In der Vereinbarung der Verkaufserlösklausel ist regelmäßig die Erteilung der Vollmacht nach § 167 BGB zu sehen. Es bedarf hierzu keiner ausdrücklichen Hervorhebung. Die Bevollmächtigung läßt sich meist den Umständen, insbesondere der Ausgestaltung des Sicherungsverhältnisses zwischen VBK und VBV entnehmen. Auszugehen ist wiederum von dem früheren Beispiel:

Der VBK verkauft an den Dritten. Es entsteht eine Forderung in Höhe von DM 5000,—. Davon stehen auf Grund der Vorausabtretungsklausel $1/5 =$ DM 1000,— dem VBV zu. Die Verkaufserlösklausel war ebenfalls vereinbart worden. Der Drittabnehmer zahlt nun DM 5000,— in bar an den VBK.

Die Zahlung durch den Drittabnehmer stellt sich dar als die Übereignung von Geldscheinen bzw. Geldstücken im Werte³⁴⁴⁾ von DM 5000,—. Wegen des auch die Verkaufserlösklausel beherrschenden Sicherungszweckes gebühren dem VBV davon nur DM 1000,— zu seinem Eigentum. Lediglich dieser sich am „Rechnungswert“ orientierende Teilbetrag ist in diesem Zusammenhang von Interesse. Sind mehrere VBV vorhanden, mit denen der VBK die Verkaufserlösklausel verabredet hat, ist die Zahlung durch den Drittabnehmer in entsprechend viele wertorientierte Teilbeträge zu zerlegen. Die Bestimmtheit ist in allen Fällen gegeben; die Problematik ändert sich nicht. Bezüglich der DM 1000,— könnte nun der VBK dem Dritten gegenüber bei dessen Zahlung als Stellvertreter des VBV auftreten. Damit käme die für die Übereignung erforderliche Einigung nach §§ 929 Satz 1, 164, I BGB direkt zwischen dem VBV und dem Drittabnehmer zustande. In der Besitzübergabe aber kann er den VBV nicht vertreten. Er wird mit Zahlung durch den Dritten unmittelbarer Besitzer, auch der dem VBV zu seiner Sicherung gebührenden DM 1000,—, wenn auch nicht unbedingt ihr Eigenbesitzer, § 872 BGB. Eigentümer wird der VBV erst dann, wenn ihm der VBK auch noch den Besitz überträgt. Er könnte ihm den unmittelbaren Besitz am Geld nach § 854, I BGB weiterübertragen. Das aber wird mit der Verkaufserlösklausel nicht verfolgt. In Frage kommt daher die Verschaffung mittelbaren Besitzes im Sinne des § 868 BGB durch VBK an VBV. Das kann auf zwei verschiedene Arten geschehen, wenn es dem Willen des Drittabnehmers entspricht³⁴⁵⁾.

344) Bei Geld kann – trotz der Sachauffassung des Geldes im Sachenrecht – nur der Wertge-
sichtspunkt entscheidend sein und zu ungekünstelten Ergebnissen führen; hierzu Westermann,
S. 139–142

345) Palandt-Hoche, § 929, Anm. 5 a; RGZ 83, 230

aaa) Mit der Verkaufserlösklausel wird zugleich ein Besitzmittlungsverhältnis im voraus vereinbart. Dies insbesondere dann, wenn der VBK verpflichtet wird, das eingezogene Geld für den VBV zu verwahren. Das ist der Normalfall. Das Besitzkonstitut tritt also im Moment der Zahlung durch den Dritten in Wirksamkeit. Damit geht das Eigentum sofort nach §§ 930, 868 BGB auf den VBV über, sofern der VBK durch eine dem mit den Verhältnissen Vertrauten erkennbare Ausführungshandlung das Besitzmittlungsverhältnis in Vollzug setzt.

bbb) Das Besitzmittlungsverhältnis kann aber auch auf dem Wege über § 181 BGB zustandekommen. Grundsätzlich wird zwar durch diese Vorschrift der Vertragsabschluß des Vertreters mit sich selbst oder als Vertreter eines Dritten untersagt. Sie gilt jedoch nicht, wenn keine Interessenkollision vorliegt, sei es, daß die Vornahme des Rechtsgeschäfts ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht, sei es, daß er dem Vertreter ausdrücklich gestattet wurde. Beide Ausnahmefälle liegen bei der Verkaufserlösklausel nebeneinander vor³⁴⁶). Ist nicht im voraus ein Besitzmittlungsverhältnis vereinbart, muß die Verkaufserlösklausel die Gestattung zum Abschluß etwa eines Verwahrungsvertrages nach §§ 688 ff. BGB beinhalten. Dazu kommt, daß die Klausel den VBK verpflichtet, den VBV unmittelbar Eigentümer werden zu lassen. Diese Verpflichtung kann er nur erfüllen durch Schaffung eines Besitzmittlungsverhältnisses zwischen sich und VBV. Also steht § 181 BGB nicht entgegen; der VBK kann den Vertrag durch Insichgeschäft abschließen.

In beiden Fällen wird der VBV mittelbarer Besitzer des Geldes, das ihm zu seiner Sicherung gebührt. Der VBK als unmittelbarer Besitzer vermittelt ihm den Besitz. Wie dem § 930 BGB zu entnehmen ist, reicht der Erwerb des mittelbaren Besitzes zum Eigentumserwerb seitens des VBV aus. Er ist danach unmittelbar Eigentümer des durch den Dritten gezahlten Geldes geworden, und zwar in Höhe des Wertes der von ihm ursprünglich gelieferten Ware. Die Einigung kam zwischen ihm und dem Drittabnehmer zustande; auch hat er den mittelbaren Besitz erlangt; Durchgangserwerb trat bei dem VBK nicht ein.

Das Eigentum des VBV ist jedoch auch in der dritten Phase geprägt durch Sinn und Zweck des EV-Geschäftes, wie er in der Regelung des § 455 BGB zum Ausdruck kommt. Das hat zur Folge, daß auch in dieses Stadium der Abwicklung des Rechtsverhältnisses zwischen VBV und VBK die vollständige Bezahlung des Kaufpreises an den VBV als aufschiebende Bedingung des Eigentumserwerbs des VBK einzuführen ist. Dem VBK ist es anheimgestellt, den VBV durch Zahlung des Kaufpreises zu befriedigen und damit über § 158, I BGB

³⁴⁶) in ähnlichem Zusammenhang Siebert, S. 143–144

das Eigentum an den DM 1000,- vom VBK zu erwerben. Diese aufschiebend bedingte Übereignung an den VBK ist stillschweigend mit der Vereinbarung der Verkaufserlösklausel vorgenommen.

cc) Verdeckte Stellvertretung

Kritisch ist an dieser Stelle zur offenen Stellvertretung im Rahmen der Verkaufserlösklausel zu sagen, daß es dem VBK in der Regel nicht zuzumuten ist, bei Zahlung durch den Drittabnehmer diesem zu offenbaren, daß er die Waren unter vEV gekauft hat. Das verträgt sich nicht mit der Wahrung des Kreditgeheimnisses und widerspricht auch der Interessenlage. Zudem macht die „Offenheit“ der Stellvertretung die „Stille“ der Zession in der zweiten Phase illusorisch. Insofern ist die verdeckte Stellvertretung zweckmäßiger³⁴⁷⁾. Dem VBK wird zwar Vollmacht erteilt, er macht jedoch keinen erkennbaren Gebrauch von ihr. Zur Gewährung der Rechtssicherheit ist für diese Fälle in § 164, II BGB bestimmt, daß die Willenserklärung des verdeckten Stellvertreters ihn selbst berechtigt und verpflichtet, nicht aber für und gegen den Vertretenen wirkt³⁴⁸⁾. Entscheidend ist allein, wie der VBK dem Dritten gegenüber aufgetreten ist, nicht aber, was in der Verkaufserlösklausel vereinbart war. Diesem Umstand trägt etwa folgende Klausel Rechnung³⁴⁹⁾:

„Der Anspruch meines Käufers gegen seinen Abkäufer auf den Kaufpreis geht von selbst auf mich über in der Weise, daß von mir der Käufer (seinerseits unwiderruflich) beauftragt und bevollmächtigt ist, den Kaufpreis von seinem Abnehmer als mein offener oder stiller Stellvertreter für mich einzuziehen.“

Tritt nun der VBK als verdeckter (stiller) Stellvertreter gegenüber dem Dritten bei Empfangnahme des Geldes auf, so entsteht auch hier wieder ein Vertretungsproblem nur hinsichtlich des Teilbetrags, der dem Wert der ursprünglich gelieferten EV-Ware entspricht, im Beispiel also DM 1000,-. Die übrigen DM 4000,- werden sowieso Eigentum des VBK. Bezüglich der DM 1000,-, die von der Verkaufserlösklausel erfaßt werden, gestaltet sich die Rechtslage folgendermaßen: Die Einigung über den Übergang des Eigentums am Geld kommt zwischen dem Drittabnehmer und dem VBK zustande, §§ 929, 164, II BGB. Der Besitz wird auf VBK übertragen. Damit ist er Eigentümer (auch) der DM 1000,- geworden. Auf Grund der Verkaufserlösklausel soll aber der VBK Eigentümer werden. Der VBK ist also verpflichtet, nunmehr das Eigentum auf den VBK weiterzuübertragen. Er kann dies auf dreierlei Weise³⁵⁰⁾.

³⁴⁷⁾ Zur – uneinheitlichen – Terminologie vgl. Lehmann, S. 282–283; Enn.-Nipperdey, II, S. 761–762, 765–767; Palandt-Danckelmann, § 164, Anm. 1; Palandt-Hoche, § 929, Anm. 5

³⁴⁸⁾ Zur Abgrenzung zwischen § 164, II BGB und dem sog. Geschäft, wen es angeht: Lehmann, S. 290; Enn.-Nipperdey, II, S. 769–770; Staudinger-Coing, § 164, Anm. 12

³⁴⁹⁾ abgedruckt bei OLG Hamburg JW 1938, 2207 und RG JW 1939, 563

³⁵⁰⁾ s. hierzu Palandt-Hoche, § 929, Anm. 5 b

- aaa) Er einigt sich als Eigentümer der DM 1000,— mit dem VBV und überträgt ihm den Besitz. Dies geschieht nach §§ 929 ff. BGB. In der Regel wird die Übertragung unmittelbaren Besitzes an Geld zum Zwecke der Sicherung nicht gewollt sein. Der VBV will nicht noch die Pflichten eines Verwahrers übernehmen, denn das Eigentum an den DM 1000,—, die zu seiner Sicherung in seinem Eigentum und auch unmittelbaren Besitz ständen, würde mit – etwa unbarer – Zahlung, Aufrechnungserklärung oder dgl. durch den VBK wieder an diesen zurückfallen, § 158 BGB. Vielmehr soll umgekehrt der VBK das Geld für den VBV verwahren.
- bbb) Zu diesem Zwecke vereinbaren VBV und VBK mit der Verkaufserlösklausel, der VBK solle das Geld als verdeckter Stellvertreter erwerben. Sie einigen sich zugleich jetzt schon darüber, daß das Eigentum unmittelbar nach dem Erwerb durch den VBK auf den VBV übergehen soll. Gleichzeitig anticipieren sie den Abschluß eines Besitzmittlungsverhältnisses, meist eines Verwahrungsvertrages. Neben der Vollmachtserteilung steht also hier die Vereinbarung des sog. anticipierten Besitzkonstituts. Die hiermit zusammenhängenden Fragen sind bereits bei der Untersuchung der vorgeschlagenen Lösungswege für die Verarbeitungsklausel untersucht worden. Dauert also die Einigung an, was vermutet wird, und wird das Besitzmittlungsverhältnis erkennbar³⁵¹⁾ durch Ausführungshandlungen betätigt, geht das Eigentum auf Grund des anticipierten Besitzkonstituts auf VBV über.
- ccc) Der weitere konstruktive Weg, auf dem der VBK dem VBV das Eigentum zu dessen Sicherung verschaffen kann, ist der des Insihgeschäfts, § 181 BGB. Man sieht dabei in der Verkaufserlösklausel die Erklärung des VBV, die es dem VBK gestattet, als Vertreter des VBV mit sich selbst die Einigung abzuschließen, die so über §§ 929, 164, I, 181 BGB zustandekommt. Auch hier liegt wieder neben der Gestattung der zweite Umstand vor, der gemäß § 181 BGB das Selbstkontrahieren ermöglicht: auf Grund der Verkaufserlösklausel ist der VBK verpflichtet, dem VBV das Eigentum an den DM 1000,— zu übertragen. Schließt er mit sich selbst einen Vertrag, der dazu dient, den VBV Eigentümer werden zu lassen, geschieht das ausschließlich in Erfüllung dieser Verbindlichkeit. Auf dieselbe Weise bringt der VBK über §§ 688 ff., 164, I, 181 BGB zwischen sich und dem VBV ein nach außen dem mit den Verhältnissen Vertrauten erkennbares³⁵²⁾ Besitzmittlungsverhältnis zum Entstehen. Damit wird der VBV mittelbarer Besitzer, § 868 BGB. So ist dem Gesetz Genüge getan: Gemäß §§ 929, 930 BGB ist VBV Eigentümer geworden.

351) vgl. RGZ 140, 231; streitig, vgl. Westermann, S. 196 mit Nachweisen

352) RGZ 139, 117; 140, 230

Alle drei Lösungswege des Eigentumserwerbs durch indirekten Stellvertreter setzen jedoch Durchgangserwerb auf seiten des VBK voraus. Dieser Umstand kann im Einzelfall zur Folge haben, daß wirksam gewordene Belastungen das Eigentum am Erlös für die Sicherung des VBV praktisch wertlos werden lassen. Der Eigentumserwerb durch indirekten Stellvertreter ist damit konstruktiv möglich und zulässig; er ist jedoch nicht immer zweckmäßig.

dd) Übereignung an den, den es angeht³⁵³⁾

Insbesondere im Schrifttum ist zusätzlich zu den gesetzlichen Bestimmungen eine weitere Möglichkeit des Eigentumserwerbs durch Stellvertreter entwickelt worden. Man spricht dabei üblicherweise – sprachlich unschön – vom „Geschäft, wen es angeht“. Dieses heute durchweg anerkannte konstruktive Hilfsmittel dient der Lösung der Fälle, in denen offene oder verdeckte Stellvertretung nicht zu dem angestrebten Ergebnis führen. Die Vorteile dieser beiden Konstruktionen werden bei dem „Geschäft, wen es angeht“, kombiniert. Obwohl der „Vertreter“ nicht als solcher auftritt, wirkt die Willenserklärung – wie in § 164, I BGB – direkt für und gegen den „Hintermann“. Abzustellen ist also auf die Willenserklärung und ihre Wirkung. Daher ist es besser, allgemein von „Erklärung an den, den es angeht“ zu sprechen; das „Geschäft“, bzw. hier die Übereignung, bedeutet bereits eine Konkretisierung dieses Rechtsgebildes.

Für die Anwendbarkeit der Grundsätze der Erklärung an den, den es angeht, bei der Übereignung sind zwei Voraussetzungen aufzustellen³⁵⁴⁾. Einmal muß es dem Veräußerer gleichgültig sein, mit wem er sich über den Eigentumsübergang einigt. Im Grunde ist es ein Fall der unmittelbaren Stellvertretung³⁵⁵⁾, da der Veräußerer seine Einigungserklärung abgibt, gleichgültig, wer sein Vertragspartner ist: entweder der als solcher Auftretende oder der von ihm – wenn auch nicht erkennbar – Vertretene.

Das schweizerische Obligationenrecht hat das „Geschäft, wen es angeht“, in Art. 32 II vorgesehen³⁵⁶⁾. Hiernach wirkt die Erklärung auch dann für und gegen den Vertretenen, wenn der Erklärende „aus den Umständen auf das Vertretungsverhältnis schließen mußte, oder wenn es ihm gleichgültig war, mit wem er den Vertrag schließe“. Das Moment der „Gleichgültigkeit“ ist zu verlangen mit Rücksicht darauf, daß das Gesetz in § 164, II BGB den Dritten

³⁵³⁾ vgl. hierzu u. a. Rümelin, AcP 93, 198–200, 218 ff.; v. Lübtow, ZHR 112, 227 ff., insbes. S. 239–255; Rühl, S. 53–56; Westermann, S. 204–206; Enn.-Nipperdey, 2. Halbb., S. 769–771; Palandt-Hoche, § 929, Anm. 5 bb; Erman-Westermann, § 929, Anm. 17; kritisch Wolff-Raiser, S. 237; Riegel, S. 74 mit Angaben. Nach v. Lübtow, ZHR 112, 249, Anm. 80 a kannte bereits das röm. Recht (in D. 46, 3, 34, 7) den Übertragungswillen des Schuldners auf den, den es angeht. Besser wäre wohl: „Geschäft zugunsten dessen, den es angeht“

³⁵⁴⁾ RGZ 100, 192–193; 140, 229

³⁵⁵⁾ s. etwa Siebert, S. 118–120; Palandt-Hoche, § 929, Anm. 5 bb

³⁵⁶⁾ hierzu auch v. Lübtow, ZHR 112, 227–232, auch mit Hinweisen auf das anglo-amerikanische Recht

bei mangelnder Offenkundigkeit des Vertretungstatbestandes schützen wollte³⁵⁷⁾. Ist es ihm aber gleichgültig, bedarf es dieses Schutzes durch das Gesetz nicht.

Zum andern muß der Vertreter den Willen haben, für den „Hintermann“ zu erwerben. Anders kann keine Fremdwirkung eintreten. Das rechtfertigt sich – wie Westermann (S. 205) zutreffend ausführt – einmal aus der Interessenlage, dann aber auch aus dem Zweck des Prinzips der Vertretung, wie es in § 164 BGB zum Ausdruck gekommen ist.

Dem Drittabnehmer ist es gleichgültig, wer Eigentümer des von ihm bezahlten Geldes wird. Er übereignet das Geld lediglich zum Zwecke der Erfüllung. Die Erfüllungswirkung tritt auf jeden Fall ein, gleich, wer Eigentum am Geld erwirbt. Von Lübtow³⁵⁸⁾ hat Bedenken, der h. M. zu folgen, nach der es bei Leistungsgeschäften dem Verkäufer gleichgültig sein kann, für wen der Empfänger die Sache erwirbt. Richtig ist, daß für die Beurteilung der Frage, ob das „Geschäft, wen es angeht“, anwendbar ist, grundsätzlich ein Unterschied zwischen Bar- und Kreditgeschäften gemacht werden muß. Das Gegenargument, der Veräußerer habe ein Interesse daran zu wissen, ob die Sache zunächst in das Eigentum des „Vertreters“ gelange und so für ihn, den Veräußerer, im Falle der Insolvenz des Käufers ein Zugriffsobjekt bilde, mag bei Kreditkäufen von Bedeutung sein. Wird jedoch Geld zum Zwecke der Erfüllung übereignet, ist dieser Gesichtspunkt hinfällig. Hier liegt gerade der entgegengesetzte Fall vor gegenüber dem, der v. Lübtow zu seinen m. E. berechtigten Bedenken veranlaßte.

Auf Grund der Verkaufserlösklausel ist der VBK verpflichtet, dem VBV Eigentum am Gelde zu verschaffen. Daher wird man vermuten können, daß er bei Zahlung durch den Drittabnehmer einen entsprechenden Willen hat.

In der Regel sind also beide Voraussetzungen dafür gegeben, daß die „Übereignung an den, den es angeht“ in der dritten Phase angewendet werden kann. Sie hat zur Folge, daß – obwohl der VBK nicht erkennbar als Vertreter des VBV aufgetreten ist – die Einigung unmittelbar zwischen dem Dritten und dem VBV zustandekommt. Die Übergabe geschieht wieder in Form des im voraus vereinbarten Besitzmittlungsverhältnisses, wodurch der VBV mittelbarer Besitzer des Geldes wird, § 868 BGB. Das reicht für den Eigentumserwerb aus, zudem sich der Drittabnehmer mit der Aushändigung des Geldes des Besitzes am Gelde völlig begeben hat. Oder aber der VBK schließt als Vertreter des VBV mit sich selbst einen Vertrag, der ein Besitzmittlungsverhältnis zwischen ihnen schafft. Die Verkaufserlösklausel überwindet die Schranken des § 181 BGB.

³⁵⁷⁾ so auch Enn.-Nipperdey, 2. Halbb., S. 770

³⁵⁸⁾ ZHR 112, 254–255 mit Angaben.

Damit ist der VBV auch Besitzer des Geldes, soweit es ihm zukommt, geworden. Er hat die DM 1000,— direkt vom Drittabnehmer erworben. Zahlt der VBK an den VBV, erwirbt er wegen des Sicherungscharakters des Geschäfts ohne weiteres das Eigentum am Gelde vom VBV im wertmäßigen Umfang seiner Zahlung. Vorher jedoch ist der VBV durch das Eigentum am Erlös gesichert. Die wertmäßige Beschränkung gilt auch hier³⁵⁹⁾. Dabei ist bei dieser Lösung vermieden, daß der VBK den vEV gegenüber seinem Abnehmer offenbaren muß. Zugleich aber hat der VBV unbelastetes Eigentum erhalten. Insofern scheint dieser Lösungsweg bislang der geeigneteste.

b) Anticipiertes Besitzkonstitut

Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, daß als Lösung des Problems der Verkaufserlösklausel auch die Vereinbarung eines sog. anticipierten Besitzkonstitutes in Betracht kommt³⁶⁰⁾. Es handelt sich nicht um ein Problem der Vertretung. Insofern ist hier ein konstruktiver Unterschied gegeben gegenüber dem Eigentumserwerb durch den verdeckten Stellvertreter. Dort kam – neben der Vollmachtserteilung – als eine der Möglichkeiten auch das anticipierte Besitzkonstitut in Betracht. Es griff in dem Moment ein, in dem der verdeckte Stellvertreter wegen § 164, II BGB selbst Eigentümer geworden war. Das Ergebnis ist hier wie dort das gleiche. Hier wird jedoch der VBK ohne Heranziehung des § 164, II BGB Eigentümer. Der Drittabnehmer übereignet ihm den ganzen Betrag. Für den Betrag von DM 1000,—, der sich insoweit am Wert orientiert, vereinbaren VBV und VBK jedoch in der Verkaufserlösklausel etwa:

„In Höhe unserer noch offenen Forderung nimmt unser Abnehmer den von dem Dritten gezahlten Erlös für uns in Verwahrung.“

Sind die Parteien noch über den Eigentumsübergang einig, was vermutet wird, erwirbt der VBV vom VBK Eigentum an den DM 1000,—. Man muß hierzu jedoch auch fordern, daß das Besitzmittlungsverhältnis für den mit den Verhältnissen Vertrauten erkennbar in Vollzug gesetzt wird. Der dagegen bei Palandt-Hoche³⁶¹⁾ geltend gemachte Einwand, § 930 BGB sehe gerade von der äußeren Erkennbarkeit ab, ist m. E. nicht zwingend. Der Zweck des § 930 BGB ist nur, den Parteien das Erfordernis der Übergabe zu erleichtern. Dabei nimmt die Vorschrift Mängel der Offenkundigkeit in Kauf. Sie besagt jedoch nicht, daß damit allgemein auf die äußere Erkennbarkeit verzichtet würde.

359) Vgl. auch den rechtsähnlichen Fall bei § 1247 BGB, wenn der Pfanderlös die Pfandforderung übersteigt; hierzu s. Mot. III, 833–834; RGRK, § 1247, Anm. 1 a; Erman-Ronke, § 1247, Anm. 1; Palandt-Hoche, § 1247, Anm. 1; Westermann, S. 632; Wolff-Raiser, S. 698–699; RGZ 63, 17–18

360) s. etwa Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 27 d; Riegel, S. 75; RGSt. 62, 31; kritisch Haas, S. 70–71; Meisner, S. 23; vgl. auch Stichel, S. 76–77 mit weiteren Angaben (Anm. 53), der jedoch irrigerweise annimmt, beim anticipierten Besitzkonstitut finde kein Durchgangserwerb statt

361) § 930, Anm. 3 mit Nachweisen; s. auch Westermann, S. 196 mit Angaben

3. Schwierigkeiten in der Praxis

Frage der Auslegung der jeweiligen Verkaufserlösklausel und der Umstände des Einzelfalles ist es festzustellen, welche der vier aufgezeigten Konstruktionen Anwendung finden soll. Dabei ist zu berücksichtigen, daß nicht alle der möglichen Wege gleich gut geeignet sind zur Sicherung des VBV. Bei dem Eigentumserwerb durch indirekten Stellvertreter und bei dem anticipierten Besitzkonstitut liegt seitens des VBK Durchgangserwerb vor. Damit ist die Gefahr verbunden, daß der VBV den Erlös nicht lastenfrei erwirbt. Das aber widerspricht der beabsichtigten Sicherung, da im konkreten Falle das Sicherungsobjekt praktisch entwertet sein kann. Bedenkt man weiter, daß die offene Stellvertretung in der dritten Phase den Interessen des VBK und des VBV zuwiderläuft, wird man in der Regel auch diesen Lösungsweg zu vermeiden haben. Damit bleibt als zweckentsprechende Lösung nur die Übereignung an den, den es angeht.

Zwei Bedenken praktischer Natur sind bei der Verkaufserlösklausel zu äußern; sie sind geeignet, die Sicherung nach Zahlung des Kaufpreises durch den Dritt- abnehmer an den VBK illusorisch zu machen.

- a) Alle vier Lösungswege stellen die Sicherung des VBV letztlich dem Willen des VBK anheim. Selbst wenn die Einigung zwischen Dritt abnehmer und VBV zustandekommt, muß der VBK dem VBV den Besitz vermitteln, damit dieser Eigentümer werden kann. Auch ein im voraus abgeschlossenes Besitzmittlungsverhältnis ist hinfällig, wenn der VBK auf Grund dieses Verhältnisses nicht irgendwie zum Ausdruck bringt, daß er für den VBV besitzen wolle. Das ist begründet aus dem Wesen des mittelbaren Besitzes und dem Grundsatz der Offenkundigkeit im Sachenrecht. Daher kann nicht auf das Erfordernis der Erkennbarkeit verzichtet werden, auch wenn es im Ergebnis den Vertragsbruch des VBK fördern sollte³⁶²). Man muß sich darüber im klaren sein, daß das Abstellen auf den Willen und die Vertragstreue des VBK die durch die Verkaufserlösklausel erstrebte Sicherheit zu einer obligatorischen Sicherung macht. Eine „Verdinglichung“ – etwa in Form des Verzichts auf die Erkennbarkeit des Besitzmittlungsverhältnisses – kann nicht in Betracht kommen. Das hat zur Folge, daß sich die Verkaufserlösklausel in der Praxis oft als unzureichend erweist.
- b) Die Verkaufserlösklausel bezweckt nur die Sicherung des VBV. Sie läßt den Besitz am Gelde beim VBK. Damit entstehen in der Praxis große Schwierigkeiten. Das Eigentum des VBV am Erlös – soweit er ihm zusteht – erlischt, sobald der VBK das Geld mit eigenem vermischt, §§ 948, 947 BGB. Zahlt der Dritt abnehmer bar, kommt das Geld unter normalen Wirtschaftsver-

³⁶²) a. A. wohl Westermann, S. 196

hältnissen in die Kasse. Es ist dann von dem sich bereits in der Kasse befindlichen Gelde nicht mehr zu unterscheiden. Da der Kassenbestand in der Regel wesentlich höher ist als der Teil des Verkaufserlöses, der dem VBV zuzuordnen ist, wird der VBK Eigentümer des gesamten Betrages. Miteigentum am Kassenbestand ist abzulehnen. Soweit kann die Sicherung des VBV nicht gehen. Sie ist nur solange zu rechtfertigen, als sie sich auf die „wirtschaftlichen Surrogate“ der EV-Ware erstreckt. Dazu kommt, daß die Berücksichtigung des Sicherungsinteresses des VBV nicht dazu führen darf, den VBK wirtschaftlich zu entmachten. Das aber wäre der Fall, würde man nach Vermischung des Erlöses mit dem Kassenbestand Miteigentum zwischen VBK und VBV nach §§ 948, I, 947, I BGB annehmen. Praktisch wäre der VBK damit in ein Abhängigkeitsverhältnis zum VBV gebracht. Das ist jedoch nicht der Zweck des Sicherungsgeschäftes. Hiernach kann der VBK seinen Verpflichtungen aus der Vereinbarung der Verkaufserlösklausel nur nachkommen durch getrennte Kassenführung. Er muß den – eventuell noch im Wege der Teilzahlung – vereinnahmten Erlös wertmäßig aufspalten und den dem VBV zustehenden Betrag gesondert verwahren. Das führt dazu, daß er für jeden Lieferanten, der mit ihm die Verkaufserlösklausel verabredet hat, eine eigene Kasse anlegen muß. Es liegt auf der Hand, daß sich das in der Praxis des Wirtschaftsbetriebes in den weitaus meisten Fällen nicht durchführen läßt³⁶³).

4. Schwierigkeiten bei unbarer Zahlung

Bislang wurde bei der Behandlung der Verkaufserlösklausel vorausgesetzt, daß der Drittabnehmer seine Schuld gegenüber dem VBK in Form der Barzahlung tilgte. Das aber ist im heutigen Wirtschaftsleben in den Wirtschaftsbereichen, in denen der vEV anwendbar ist, die Ausnahme. Die Entwicklung und Intensivierung des Wirtschaftsverkehrs brachte eine Verlagerung der Zahlungsweise vom Bargeld zum Giralgeld mit sich. Sie entspricht einem wirtschaftlichen Bedürfnis und ist im Interesse eines schnellen und risikofreien Zahlungsverkehrs zu begrüßen. Soweit aber unbar gezahlt wird, entfallen die bisher aufgezeigten Lösungsmöglichkeiten der Verkaufserlösklausel. Der VBK erhält keinen baren Erlös, sondern eine Forderung gegen eine Bank oder ein Postscheckamt. Diese Forderung müßte ihm also im voraus abgetreten werden³⁶⁴). Dabei ergeben sich keine neuen Probleme. Die Bestimmbarkeit der abgetretenen Forderung und ihres Umfangs ist zu bejahen. Die dem VBK durch die Geldinstitute zur Verfügung gestellten Konto-Auszüge und die Heranziehung der Höhe der Forderung des VBV gegen den VBK ermöglichen die eindeutige

363) s. auch Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 30; Jacusiel, S. 91; Schwartz, IHK, S. 28; Liebstaedter, IHK, S. 238–239; Stickel, S. 78; Hirsch, S. 28–29; Hofmann, S. 132; Fischer, S. 68–69

364) vgl. auch Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 27 d; Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 30; Flume, NJW 1950, 849; Sommer, C, III; Haas, S. 71

Feststellung. Dennoch kommt die Vorausabtretung hier nicht in Frage. Der VBK hat nicht verschiedene einzelne Forderungen gegen das Geldinstitut, sondern eine dem jeweiligen Aktiv-Saldo seines Kontos entsprechende Gesamtforderung³⁶⁵). Nur an dieser in ihrer Höhe laufend wechselnden Forderung könnte wertorientierte Mitinhaberschaft des VBV gedacht werden. Zu ihrer Ablehnung ist das gleiche zu sagen, wie zur Frage des Miteigentums am gesamten Kassenbestand des VBK. Es würde zu einer nicht zu rechtfertigenden Beschränkung der wirtschaftlichen Macht des VBK führen. Er könnte nicht mehr allein über sein Konto verfügen. Zudem ist der wirtschaftliche Zusammenhang zwischen dem jeweiligen Kontostand und der Lieferung des VBV unter vEV – im Gegensatz zu den „wirtschaftlichen Surrogaten“ – nicht eng genug, daß eine Unterordnung unter das Sicherungsinteresse des VBV befürwortet werden könnte. Die Abwägung der beiderseitigen Interessen hat ihre Orientierung und zugleich ihre Grenze im Sicherungszweck zu finden.

Da Überweisungen des Drittabnehmers auf das „allgemeine“ Bankkonto des VBK infolge der Wirkungen des Kontokorrents eine Sicherung des VBV in der 3. Phase ausschließen, ergibt sich die Frage, ob der moderne Giroverkehr hier nicht andere Sicherungsmöglichkeiten bietet. Sie müßten dazu führen, daß der VBK seine mit der unbaren Zahlung des Drittabnehmers gegen die Bank entstehende Forderung im voraus an VBV zu dessen Sicherung abtreten könnte. Derartige Sicherungsmaßnahmen sind entwickelt worden. Sie sind jedoch nicht in jedem Falle brauchbar.

Das sog. Sperrkonto³⁶⁶) muß als Sicherung des VBV ausscheiden. Die zwischen VBK und seiner Bank vereinbarte Sperrung eines Kontos, auf das etwa lediglich der Drittabnehmer seine Überweisung getätigt hätte, kann – da eine Verpfändung von den Parteien nicht beabsichtigt ist – nur schuldrechtliche Wirkungen äußern. Der VBK wird durch die Sperre verpflichtet, nicht ohne Zustimmung des Sperrbegünstigten über das Konto zu verfügen. Der VBV wird also nicht Inhaber der Bankforderung; sie steht dem Zugriff anderer Gläubiger in voller Höhe offen. Das gleiche gilt – worauf Diesel (a. a. O., S. 675) zu Recht hinweist – auch für ein Gemeinschaftskonto, über das nur beide Parteien gemeinsam verfügen könnten, obgleich Kontoinhaber der VBK wäre.

Für Rechtsanwälte, Notare, Wirtschaftsprüfer, vereidigte Buchprüfer, Verwaltungsrechtswärter und Devisenberater besteht die Möglichkeit, neben den Eigenkonten auch noch sog. Anderkonten zu führen³⁶⁷). Darunter sind solche Konten zu begreifen, welche diese Personen zum Zwecke der Verwaltung fremden Geldes für andere bei ihrer Bank unterhalten, ohne daß ein einheitliches Kon-

³⁶⁵) vgl. Trost-Schütz, S. 9, 364; Schlegelberger-Hefermehl, § 355, Anm. 26 und 27

³⁶⁶) hierzu Diesel, BA XXXVII/XXXVIII, 673–675; Trost-Schütz, S. 163–164 mit weiteren Nachweisen

³⁶⁷) vgl. Trost-Schütz, S. 63–71 mit vielen Angaben; s. etwa auch Opitz, BA XXXI, 37–38

tokorrentverhältnis vorliegt. Die Institution des Anderskontos steht jedoch nur dem beschriebenen Personenkreis offen. Für Zwecke der Sicherung des VBV ist sie daher nicht verwendbar.

Der VBK kann aber bei seiner Bank ein Sonderkonto eröffnen³⁶⁸⁾. Auf dieses Konto überweist der Drittabnehmer. Die dadurch entstehende Forderung des VBK gegen seine Bank ist eindeutig bestimmbar. Der VBK kann sie an VBV im voraus zu dessen Sicherung abtreten. Die Konstruktion, auch hinsichtlich der Wertorientierung, bietet hierbei gegenüber der 2. Phase des vEV keine Besonderheiten. Auf einem solchen Sonderkonto kann immer nur jeweils ein Geschäft abgewickelt werden, um die Abtretbarkeit der Forderung nicht durch Einstellen in ein Kontokorrentverhältnis zu vereiteln³⁶⁹⁾. Daran zeigt sich bereits die Grenze für die praktische Verwertbarkeit. Wenn nur eine oder wenige³⁷⁰⁾ Geschäftsbeziehungen mit vEV in der 3. Phase bestehen, ist der Weg über ein Sonderkonto des VBK zu empfehlen. Wenn aber eine Vielzahl von Überweisungen verschiedener Drittabnehmer verschiedenen VBV zu ihrer Sicherung zugeordnet werden soll, erweist sich das Sonderkonto als für die Bedürfnisse der Praxis nicht brauchbar. Die Möglichkeit der Sicherung des VBV bei unbarer Zahlung des Drittabnehmers ist durch die Einrichtung des Sonderkontos zwar eröffnet. Sie ist aber nur in einfach gelagerten Ausnahmefällen praktisch durchführbar.

5. Praktische Folgerungen

Die Bedenken gegen die Verkaufserlösklausel führen dazu, daß sie in der Regel keine Sicherung des VBV herbeiführen kann. Als Folgerung ergibt sich daraus für die Praxis, die Anwendung dieser Klausel weitgehend zu vermeiden. Nicht aber darf gefolgert werden, die Verkaufserlösklausel im geschilderten Sinne sei an sich unzulässig. Grundsätzlich ist – vom theoretischen Standpunkt aus – nichts gegen sie einzuwenden. Sie kann in besonders gelagerten – einfachen – Fällen zum Ziel führen und den VBV auch in der dritten Phase sichern.

Die praktisch ausgerichteten Bedenken aber lassen die Klausel als derart entwertet erscheinen, daß vor ihrer generellen Anwendung, also ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalles, gewarnt werden muß³⁷¹⁾. Meist findet die Sicherung des VBV in Form der Verlängerung des ursprünglichen EV an der Zahlung durch den Drittabnehmer seine Grenzen. Die Frage,

³⁶⁸⁾ s. Trost-Schütz, S. 7–8; Opitz, BA XXXI, 35–36; vgl. auch RGZ 78, 336–337; RG SA 85, Nr. 121; RG BA XXX, 322; BGHZ 17, 145–146; 21, 148, 150–152

³⁶⁹⁾ Die Kontokorrentabrede ist für den Girovertrag typisch; vgl. etwa Schlegelberger-Hefermehl, § 355, Anm. 3 a. E., 9

³⁷⁰⁾ dann in zeitlicher Reihenfolge oder auf jeweils verschiedene Sonderkonten

³⁷¹⁾ so im Ergebnis wohl auch Flume, NJW 1950, 849; s. auch Hochgürtel, S. 158

ob der vEV allgemein nur bis zu dieser Grenze zulässig sein soll, ist rechtspolitischer Natur³⁷²). Sie könnte nur durch den Gesetzgeber gelöst werden. Jedenfalls erlaubt eine Stellungnahme zu ihr keine Aussage über die konstruktive Zulässigkeit der Verkaufserlösklausel. Nur soviel kann gesagt werden: Grundsätzlich ist die Vereinbarung der Verkaufserlösklausel zum Zwecke der Sicherung des VBV in der dritten Phase möglich. Die Sicherung kann jedoch in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle aus praktischen Gründen nicht erreicht werden. Nur deshalb ist der Praxis anzuzurufen, im Prinzip von der Vereinbarung der Verkaufserlösklausel abzusehen.

³⁷²) ebenso wohl auch schon das Bedenken bei Lehmann, Reform., S. 58, die Anerkennung dieser Klausel führe zu einer Einschränkung des bargeldlosen Zahlungsverkehrs; vgl. auch Mertens, S. 63; Hauß, S. 88; Schwartz, IHK, S. 28

D. DIE BRAUCHBARKEIT DES VERLÄNGERTEN EIGENTUMSVORBEHALTS ALS MITTEL DER SICHERUNG DES WARENKREDITGEBERS

I. DER VERLÄNGERTE EIGENTUMSVORBEHALT IM KONKURS

Nachdem nunmehr die Erscheinungsformen des vEV und die wichtigsten Probleme, die in den drei Phasen der Sicherung des VBV auftauchen, behandelt sind, ist nunmehr die Rechtslage zu untersuchen für den Fall, daß über das Vermögen des VBK oder des VBV das Konkursverfahren eröffnet wird. Es liegt im Wesen jeder Kreditsicherung, daß sie insbesondere im Konkurse des Sicherungsgebers praktisch wird. Auch der vEV hat sich im Konkurse zu bewähren und dabei zu zeigen, was die durch ihn dargestellte Sicherheit „wert“ ist¹⁾. Es kam bereits zum Ausdruck, daß dieser Umstand unabhängig von einer besonders auf den Konkursfall abgestellten Vereinbarung des vEV zu betrachten ist. Vor allem in Zeiten des Konjunkturrückgangs werden die mit dem Konkurs zusammenhängenden Fragen akut. Aber auch ganz allgemein muß die Lösung der sich im Konkurse bietenden Probleme bei jedem Mittel der Kreditsicherung darüber entscheiden, ob seine Anwendung sinnvoll ist. Solange der VBK ordnungsgemäß seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber VBV nachkommt, ist der vereinbarte vEV nur ein „Vorbeugungsmittel“, eine Schöpfung der „Kautelarjurisprudenz“. Daher ist es nicht verwunderlich, daß fast allen Entscheidungen, die zum vEV Stellung zu nehmen haben, ein Insolvenz-Tatbestand zugrundeliegt²⁾.

1. Die Frage der Anwendbarkeit des § 17 KO

Auszugehen ist vom einfachen EV des § 455 BGB. Erst von ihm als der Grundlage und der Voraussetzung des vEV aus kann geprüft werden, welche Rechte der vEV im Konkurse gewährt. Für den Konkurs sowohl des VBK als auch des VBV ist die Frage der Anwendbarkeit des § 17 KO von ausschlaggebender Bedeutung. Ihr ist daher zunächst nachzugehen. Ist ein zweiseitiger Vertrag zur Zeit der Konkurseröffnung von beiden Vertragsparteien nicht oder nicht vollständig erfüllt, so hat der Konkursverwalter gemäß § 17 KO ein Wahlrecht. Er kann den Vertrag in dem Stadium der Abwicklung, in dem er sich befindet, belassen, oder er kann ihn erfüllen und vom anderen Teil

1) ähnlich auch Scholz, S. 365–366, N. 227; Brandes, S. 19

2) vgl. Flume, NJW 1950, 845; s. auch Schantz, S. 35

Erfüllung verlangen. Zweiseitig oder gegenseitig (i. S. der §§ 320 ff. BGB) ist ein Vertrag dann, wenn die beiderseitigen Vertragsverpflichtungen in einem gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen, wenn die eine Leistung die – nicht notwendig gleichwertige – Gegenleistung für die andere darstellt³). Die vertraglichen Hauptpflichten beim Kauf sind in § 433 BGB festgelegt. Danach hat der Verkäufer dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an ihr zu verschaffen. Dagegen ist der Käufer verpflichtet zur Abnahme der gekauften Sachen und zur Zahlung des vereinbarten Kaufpreises. Eigentumsverschaffungspflicht und Verpflichtung zur Abnahme und Zahlung stehen sich als selbständige Pflichten gegenüber.

Auf den EV-Kauf ist demnach § 17 KO dann anwendbar, wenn das Konkursverfahren vor Bedingungseintritt eröffnet wird und in der bedingten Übereignung gemäß § 455 BGB keine Vertragserfüllung zu sehen ist; nur dann ist beiderseits noch nicht vollständig erfüllt. Der VBV hat als Verkäufer dem VBK das Eigentum zu verschaffen. Seine Pflichten als Verkäufer werden durch das dem Kaufvertrag hinzugefügte Sicherungsgeschäft des EV nicht berührt. Insofern sind §§ 433 und 455 BGB scharf zu trennen. Das wird verkannt von denen, die der Meinung sind, beim Kauf unter EV sei der Verkäufer nur zur aufschiebend bedingten Übereignung verpflichtet⁴). Ihre Auffassung steht auch nicht im Einklang mit dem Begriff der Erfüllung im Schuldrecht. Nach § 362, I BGB erlischt ein Schuldverhältnis dann, wenn die geschuldete Leistung bewirkt wird. Geschuldet wird gemäß § 433, I Satz 1 BGB die Verschaffung des Eigentums. Damit kann der VBV erst dann vollständig erfüllt haben, wenn der VBK Eigentümer geworden ist. Die h. M. stellt mit Recht auf diesen Erfolg ab. Siber⁵) formuliert zutreffend: „Die Erfüllung bezieht sich nur auf den dem Gläubiger gebührenden Erfolg (Schuld gleich Bekommensollen), nicht auf das dem Schuldner obliegende Verhalten (Schuld gleich Leistensollen). Die Frage, ob die Schuld erfüllt sei oder nicht, ist objektiv nach dem Erfolge zu beantworten . . .“ Ausschlaggebend ist also nicht die Bewirkung der Leistungshandlung, sondern die Herbeiführung des Leistungserfolges; hiernach ist die Anwendbarkeit des § 17 KO zu beurteilen⁶). Der Leistungserfolg, nämlich der Eigentumserwerb seitens des VBK, ist durch den VBV vor Eintritt der Bedingung noch nicht bewirkt. Es ist ein unzulässiges Abstellen auf die Leistungs-

3) hierzu: RGZ 65, 47; 81, 365; 147, 342; Palandt-Danckelmann, Einf. vor § 320, Anm. 1 c; Mentzel-Kuhn, § 17, Anm. 1

4) z. B. Rühl, S. 194; Kreß, S. 39 mit Anm. 192; Mertens, S. 40; v. Caemmerer, SJZ 1949, 827–828; wohl auch Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 50; richtig dagegen Coing, NJW 1952, 49–50; v. Wehner, S. 96; BGH NJW 1954, 1326

5) im Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, 2. Bd., Berlin und Leipzig, 1927, S. 329 („Erfüllung“)

6) vgl. Jäger-Lent, § 17, Anm. 11; Mentzel-Kuhn, § 17, Anm. 16; OGHZ 3, 234; Oertmann stellt grundsätzlich ebenfalls auf den Leistungserfolg ab, macht jedoch bei § 17 KO im Hinblick auf dessen Entstehungsgeschichte eine Ausnahme zugunsten der Leistungshandlung, s. ZHR 93, 362–363 und 396–398. Letztlich ist diese Ausnahme bei ihm aber wohl rechtspolitisch (S. 397) begründet; gegen ihn auch Rühl, S. 205–206. Gerade bei § 17 KO kann mit Rücksicht auf § 1, I KO das Abstellen auf den Leistungserfolg nicht zweifelhaft sein

handlung, wenn man sagt, der VBV habe alles ihm Zumutbare getan; es sei nun allein Sache des VBK, durch Zahlung den Bedingungseintritt herbeizuführen und so Eigentümer zu werden. Gerade der Umstand, daß der VBK seinerseits tätig werden muß, zeigt, daß der VBV den Leistungserfolg noch nicht herbeigeführt hat. Das EV-Geschäft ist solange beiderseits noch nicht vollständig erfüllt, als die Bedingung, §§ 455, 158, I BGB, noch nicht eingetreten ist. Wird vorher das Konkursverfahren über das Vermögen eines der beiden Vertragspartner eröffnet, hat der jeweilige Konkursverwalter das Wahlrecht gemäß § 17 KO⁷⁾.

2. Konkurs des Vorbehaltskäufers

Fällt der VBK in Konkurs, hat sein Konkursverwalter zwei Möglichkeiten: Er kann die Erfüllung – stillschweigend oder ausdrücklich – ablehnen, oder er kann die Erfüllung des Vertrages herbeiführen. Welche Entscheidung er trifft, steht ihm frei. Ausschlaggebend werden die Interessen der Konkursmasse sein⁸⁾, wobei es von großer wirtschaftlicher Bedeutung sein kann, inwieweit das EV-Geschäft bereits abgewickelt ist. Wählt der Konkursverwalter Erfüllung, so wird die noch offenstehende Kaufpreisforderung des VBV nunmehr Masseforderung im Sinne des § 59 Ziff. 2 KO. Der Konkursverwalter hat sämtliche Ansprüche des VBV aus dem Kaufvertrag in der gleichen Weise und im gleichen Umfang aus der Masse zu erfüllen, wie dazu der VBK – außerhalb des Konkurses – verpflichtet gewesen wäre⁹⁾. Praktisch wird das Vertragsverhältnis mit dem Erfüllungsbegehren des Konkursverwalters vom Konkurs des VBK unberührt gelassen.

Der VBV hat nun eine Masseforderung, die in voller Höhe zu erfüllen ist. Kommt der Konkursverwalter mit dieser Masseschuld in Verzug, hat der VBV die Rechte aus § 455 BGB¹⁰⁾. Zahlt der Konkursverwalter den geschuldeten Kaufpreis, tritt damit die Bedingung ein und das Eigentum an der gelieferten Sache geht auf den VBK als den Gemeinschuldner über, §§ 929, 455, 158, I BGB.

Entsprechendes hat beim vEV zu gelten. Im Moment der Konkurseröffnung ist der VBV Miteigentümer der durch Verarbeitung hergestellten Ware, Mitinhaber der Forderung gegenüber dem Drittabnehmer oder auch – in Ausnahmefällen – Eigentümer des dem Wert seiner Forderung entsprechenden Erlöses. Es hat sich im Laufe der Untersuchung gezeigt, daß das Wesen des

7) so auch h. L.: zur Literatur s. v. Wehner, S. 94–95, Anm. 2; Hofmann, S. 27–28; vgl. für alle Jäger-Lent, § 17, Anm. 11 mit Nachweisen. Die bei Rühl, S. 207–208 und ZJP 56, 160–163 und v. Caemmerer, SJZ 1949, 827–828 geäußerten Bedenken sind durch Bauknecht, NJW 1956, 1179 treffend widerlegt

8) RGZ 142, 299–300

9) Jäger-Lent, § 59, Anm. 6

10) so auch Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 47

EV-Geschäfts in allen Phasen der Sicherung die Hinzufügung der – im Zweifel – aufschiebenden Bedingung erfordert, wie sie im § 455 BGB vorgesehen ist. Das bedeutet, daß auch in den Phasen der Verlängerung die Erfüllung durch den Konkursverwalter die Sicherung des VBV automatisch zum Erlöschen bringt und das jeweilige Recht auf den Gemeinschuldner übergehen läßt, § 158, I BGB. Die so geartete Erfüllung des VBV wird vom Konkursverwalter „an Stelle des Gemeinschuldners“ verlangt; sie ist daher zur Konkursmasse zu bewirken¹¹⁾.

a) Das Aussonderungsrecht des Vorbehaltsverkäufers

Entscheidet sich der Konkursverwalter des VBK für die Ablehnung der Erfüllung – etwa weil die vom VBK gezahlten Beträge nur sehr gering sind und die gelieferte EV-Sache dem Konkurszweck weniger dienlich ist als bares Geld – ergibt sich für den VBV eine andere rechtliche Situation. Der Vertrag wird nun nicht weiter abgewickelt, der VBV erhält keine Masseforderung im Sinne des § 59 Ziffer 2 KO, sondern die Abwicklung des Vertrages wird durch die Eröffnung des Konkursverfahrens „gestoppt“.

Bis zur Entscheidung des Konkursverwalters tritt ein Schwebezustand ein. Die Erfüllungsablehnung durch den Konkursverwalter wirkt gestaltend auf das zwischen VBV und dem Gemeinschuldner bestehende Rechtsverhältnis ein. Zwar wird der Vertrag nicht aufgehoben, „aber die beiderseitigen Erfüllungsansprüche sind erloschen, so daß der Vorbehaltskäufer kein Recht zum Besitz nach §§ 986, 433 BGB mehr hat“¹²⁾.

Hat jedoch der VBV infolge der Erfüllungsablehnung einen Schaden, kann er insoweit Schadensersatz wegen Nichterfüllung des zugrundeliegenden Vertrages im Wege einer Konkursforderung geltend machen¹³⁾. Das ist unstrittig; streitig aber ist die Begründung dieses Anspruchs. Die wohl h. M. leitet ihn aus allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Gründen her. Man geht von dem Umstand aus, daß der Vertrag trotz Erfüllungsablehnung weiterbesteht. Ein dem VBV entstehender Schaden müsse auf der Grundlage des fortbestehenden Vertrags eine positive Vertragsverletzung darstellen. Dagegen wenden sich m. E. zu Recht Jäger-Lent (a.a.O.). Sie lehnen – nach Verneinung von Ansprüchen aus dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit und des Verzuges – die Begründung des Anspruchs mit positiver Vertragsverletzung ab. Grundsätzlich könne ein Schadensersatzanspruch nur bei rechtswidrigem und schuldhaftem Verhalten geltend gemacht werden. Verschulden sei immer ein pflichtwidriges Verhalten. Auf Grund des § 17 KO kommen sie zu der treffen-

11) Jäger-Lent, § 17, Anm. 33

12) so Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 43; ähnlich auch Jacusiel, S. 105

13) hierzu und zum folgenden: Jäger-Lent, § 17, Anm. 41; Mentzel-Kuhn, § 26, Anm. 12; Böhle-Stamschräder, § 17, Anm. 4 c; Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 43; RGZ 135, 170–171

den Feststellung: Unabhängig davon, ob die getroffene Entscheidung im Hinblick auf die Konkursgläubiger und die Konkursmasse pflichtwidrig ist oder nicht, kann sie gegenüber dem VBV niemals rechtswidrig sein, da sie vom Gesetz ausdrücklich gestattet wird. Durch die gesetzliche Erlaubnis wird die Rechtswidrigkeit des Handelns ausgeschlossen. Damit muß die Begründung, der Anspruch lasse sich aus der positiven Vertragsverletzung herleiten, entfallen. Zudem wird darauf hingewiesen, daß etwa bei gesetzlicher Auflösung der Schuldverhältnisse mit Konkurseröffnung, wie sie in § 23 KO vorgesehen ist, eine positive Vertragsverletzung sowieso nicht in Betracht komme. Daher halten Jäger-Lent den Anspruch für einen typisch-konkursrechtlichen, der „in der Billigkeit, dem Streben nach angemessenem Ausgleich und der Verteilung des Schadens unter Masse und Gläubiger“ begründet sei. Dem ist zuzustimmen, auch wenn der Anspruch nicht auf eine besondere Rechtsnorm zurückgeführt werden kann¹⁴⁾. Sein Umfang aber richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften des BGB, §§ 249 ff. BGB.

Neben diesem Ausgleichsanspruch im Einzelfall besteht seitens des VBV jedoch ein besonderes Interesse daran, die gelieferte EV-Sache wieder zurückzuerhalten. Nach § 26 KO kann die Leistung aus der Konkursmasse nicht zurückverlangt werden, wenn sie in das Eigentum des Gemeinschuldners übergegangen ist. Auf Grund des vereinbarten EV hat der VBK aber nur aufschiebend bedingtes Eigentum erlangt. Bis zum Eintritt der Bedingung ist VBV noch Eigentümer. Damit entfällt die Möglichkeit, § 26 KO in diesem Zusammenhang anzuwenden¹⁵⁾.

Bei Konkurseröffnung gehört die EV-Sache noch dem VBV. Die Aussonderung eines dem Gemeinschuldner nicht gehörenden Gegenstandes aus der Konkursmasse ist in § 43 KO vorgesehen. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift bestimmen sich nach den außerhalb des Konkursverfahrens geltenden Gesetzen. Grundlage zur Aussonderung des dem Gemeinschuldner nicht gehörenden Gegenstandes ist ein dingliches Recht oder ein Anspruch auf Herausgabe, nicht aber ein Verschaffungsanspruch. Die Parallele zwischen § 43 KO und § 771 ZPO ist offensichtlich¹⁶⁾. In beiden Fällen wird die „Nichtzugehörigkeit“ zu einem bestimmten Vermögen geltend gemacht, sei es zum Vermögen des Gemeinschuldners im Sinne des § 1 KO oder zum Vermögen des Schuldners in der Einzelzwangsvollstreckung.

Eigentümer ist noch der VBV. Also kann er die unter einfachem EV an den VBK gelieferte Sache aussondern, § 43 KO. Sein Aussonderungsrecht verstößt nicht etwa gegen den Zweck des Konkursverfahrens, die möglichst gleich-

¹⁴⁾ Allerdings spricht § 26 KO von der „Nichterfüllung einer Verbindlichkeit“, die infolge der Konkurseröffnung eintritt, ebenso von der Forderung wegen Nichterfüllung. Der Anspruch wird jedoch in § 26 KO nicht begründet, sondern als bestehend vorausgesetzt

¹⁵⁾ So z. B. auch Hochgürtel, S. 86

¹⁶⁾ so z. B. auch Jäger-Lent, § 43, Anm. 6

mäßige Befriedigung aller Konkursgläubiger. Zu ihrer Befriedigung soll nur die Konkursmasse dienen, § 1 KO; alle Gegensätze, die dem Gemeinschuldner nicht gehören, sind auch nicht zur Befriedigung der Konkursgläubiger heranzuziehen. Von diesem richtigen Grundsatz geht die Konkursordnung aus, und es ist daher nicht unbillig, wenn – als Folge der weiten Verbreitung des EV – große Teile des Vermögens des VBK ausgesondert werden.

Die Verlängerung des einfachen EV gab dem VBV Miteigentum bzw. Mitinhaberschaft zu seiner Sicherung. Das deutet darauf hin, daß auch der durch eine der Klauseln des vEV gesichert VBV ein Aussonderungsrecht hat. Zwei formelle Bedenken könnten dem entgegenstehen: Die Sicherheit wird in der zweiten Phase durch eine Forderung gewährleistet und, abgesehen von dem Ausnahmefall, daß der VBK ohne Gewinn oder gar mit Verlust verkauft hat, ist der VBV nur Miteigentümer bzw. Mitinhaber. Beide Bedenken entbehren der Grundlage. Die Vorschrift des § 43 KO bezieht sich auf dem Gemeinschuldner nicht gehörende „Gegenstände“. Der Begriff des Gegenstandes umfaßt nach allgemeiner Meinung sowohl Sachen als auch Forderungen. Das kommt auch in § 90 BGB zum Ausdruck. Zum andern verlangt § 43 KO nur, daß der Gegenstand dem Gemeinschuldner nicht „gehört“. Das ist in dem Sinne zu verstehen, daß der Gemeinschuldner nicht Alleineigentümer bzw. alleiniger Gläubiger ist, sondern daß andere Rechtssubjekte Rechte hinsichtlich der Gegenstände haben. Somit reicht Miteigentum bzw. Mitinhaberschaft aus, um ein Aussonderungsrecht geltend zu machen¹⁷⁾. So wird denn auch – unabhängig davon, ob man Alleineigentum oder nur Miteigentum seitens des VBV annimmt – immer wieder vertreten, auch bei Verlängerung des einfachen EV sei dem VBV im Konkurs des VBK ein Aussonderungsrecht zu geben¹⁸⁾.

b) Das Ersatzaussonderungsrecht des Vorbehaltsverkäufers

Bevor zur Frage des Aussonderungsrechtes abschließend Stellung genommen werden kann, ist zunächst noch eine weitere Frage zu untersuchen. Wie ist es, wenn die EV-Sache – verarbeitet oder unverarbeitet – weiterveräußert wird? Wenn die Weiterveräußerung vor Konkurseröffnung durch den VBK vorgenommen worden ist, setzte sich die Sicherung des VBV an der entstehenden Forderung fort, sofern auch die Vorausabtretungsklausel vereinbart war. Ist jedoch etwa nur der einfache EV verabredet, erlischt die dingliche Sicherheit, und die Kaufpreisforderung des VBV stellt eine gewöhnliche Konkursforderung i. S. des § 61 Ziff. 6 KO dar. Hier könnte nun § 46 KO eingreifen

¹⁷⁾ H. M.; vgl. z. B. Jäger-Lent, § 16, Anm. 9; § 43, Anm. 20; Mentzel-Kuhn, § 43, Anm. 19; Hoeniger, S. 28

¹⁸⁾ so z. B. Hirsch, S. 57–58; Brandes, S. 35; Barkhausen, NJW 1949, 845; wohl auch Hochgürtel, S. 88–90, s. aber S. 100 und 109

und dem VBV ein Ersatzaussonderungsrecht geben dergestalt, daß er die Abtretung des Rechts auf die noch ausstehende Gegenleistung – soweit sie nach Konkurseröffnung eingezogen wurde und sich noch unterscheidbar bei der Masse befindet – beanspruchen könnte. Das aber widerspräche dem System der Rechte im Konkurs. Wie Mentzel-Kuhn (§ 46, Anm. 1) zu Recht betonen, verdankt § 46 KO sein Entstehen Billigkeitsgründen. Er soll lediglich den Schutz des Aussonderungsberechtigten verstärken. Eine Verstärkung der Rechtsstellung über § 43 KO hinaus ist aber nur dann sinnvoll, wenn das Aussonderungsrecht durch eine unberechtigte Verfügung durch den VBK vor Konkurseröffnung oder nachher durch den Gemeinschuldner vereitelt worden ist. Es kam wiederholt zum Ausdruck, daß bei EV-Verkauf von zur Weiterveräußerung bestimmten oder geeigneten Sachen zumindest stillschweigend eine Ermächtigung nach § 185, I BGB zur Weiterveräußerung anzunehmen ist. Damit hat der VBK bei der Weiterveräußerung als Berechtigter verfügt, und § 46 KO kann – obwohl er seinem Wortlaut nach auch berechtigte Weiterveräußerungen umfaßt – nach seinem Sinn und Zweck nicht in Betracht kommen¹⁹⁾. Deshalb vereinbaren die Parteien bisweilen auch in den ALB (an Stelle einer echten Verlängerung des einfachen EV):

„Veräußert unser Abnehmer die Ware weiter, stehen uns für den Fall des Konkurses unseres Abnehmers die Rechte aus § 46 KO zu.“

Eine solche Vereinbarung ist unzulässig²⁰⁾. Dies aus zwei Gründen. Einmal wird die über den einfachen EV hinausgehende Sicherung offensichtlich nur auf den Konkursfall abgestellt. Das kann nicht gebilligt werden. Sicherungen sind unabhängig vom Konkurs zu begründen, auch wenn sie sich ihrem Wesen nach hauptsächlich erst im Konkursfalle bewähren. Dazu kommt, daß sich § 46 KO vertraglicher Vereinbarung entzieht. Seine Aufgabe ist nicht, neue konkursrechtliche Ansprüche zu schaffen, sondern nur, bereits bestehende zu verstärken²¹⁾. Die Voraussetzungen des § 46 KO richten sich nach § 43 KO. Die Ersatzaussonderung kommt schon nach dem Wortlaut des § 46 KO nur dann in Frage, wenn es sich um Gegenstände handelt, deren Aussonderung aus der Konkursmasse – ohne die unberechtigte Verfügung – hätte beansprucht werden können.

Flume (NJW 1950, 847) vertritt die Ansicht, der VBK sei nur dann zur Weiterveräußerung ermächtigt, wenn die aus dem Weiterverkauf erwachsende Forderung auch tatsächlich auf den VBV überginge und nicht etwa infolge einer früheren Vorausabtretung in der Person eines Dritten entstehe. Diese Äuße-

¹⁹⁾ so u. a. RGZ 133, 44; BGH NJW 1953, 218; BGH NJW 1958, 1282, jeweils mit Nachweisen

²⁰⁾ s. z. B. auch Schlegelberger-Hefermehl, Anhang zu § 368, Anm. 26; Staehelin, S. 51; Hirsch, S. 32–33; Brandes, S. 30–31 mit Angaben; Fischer, S. 11; Hofmann, S. 131–132

²¹⁾ h. M.: vgl. etwa Mentzel-Kuhn, § 46, Anm. 4; Jacusiel, S. 95; Stulz, S. 48; Hirsch, S. 58–59; Brandes, S. 24, 27, 29; Fischer, S. 9; v. Wehner, S. 35; RGZ 115, 264; 133, 44
a. M. OLG Stettin SA 68, 296–297

rung erklärt sich aus der mit dem Grundsatz der Priorität nicht in Einklang stehenden – und daher abgelehnten – Meinung Flumes über die Lösung der Kollision mehrerer Vorausabtretungen. Dennoch wurde sie von Fritze²²⁾ aufgegriffen und für die Rechtslage im Konkurs des VBK ausgebaut. Er geht aus von – besonders im Baugewerbe – aufgetretenen Fällen, in denen die durch die Vorausabtretungsklausel bewirkte Vorauszession von der Zustimmung des Dritten abhängig gemacht wurde, diese Zustimmung jedoch nicht vorlag. Damit erwarb der VBV nicht die entstehende Forderung. Folgerichtig hält Fritze solche Weiterveräußerungen für unberechtigt und gibt dem VBV in solchen Fällen ein Ersatzaussonderungsrecht. Dem kann nicht gefolgt werden. Der Ansatzpunkt ist verfehlt. Die Annahme einer derartigen inhaltlich beschränkten Ermächtigung steht in scharfem Gegensatz zur abstrakten Natur der Einwilligung zu einer Verfügung. Die Parteien können vereinbaren, daß VBK verpflichtet sei, die Zustimmung des Dritten zur Abtretung einzuholen. Sie können dieses zusätzliche Erfordernis aber nicht „verdinglichen“. Dazu kommt, daß damit der Sinn der Ermächtigung verkannt wird. Letzten Endes könnte der VBK dann doch nur wieder an Gutgläubige veräußern, wobei von der strafrechtlichen Seite abgesehen wird. Unterläßt es der VBK, die fehlende Zustimmung einzuholen, oder wird der VBV wegen einer zeitlich früher liegenden Vorausabtretung nicht Gläubiger der Forderung, so ist er ungesichert. Die Weiterveräußerung aber war rechtmäßig; ein Ersatzaussonderungsrecht im Konkurs des VBK hat der VBV aus diesem Gesichtspunkt nicht²³⁾.

Problematischer ist der zweite der in § 46 KO vorgesehenen Fälle. Steht dem VBV ein Ersatzaussonderungsrecht zu, wenn der Konkursverwalter die – verarbeitete oder unverarbeitete – EV-Ware nach Konkurseröffnung veräußert hat? Solche Fälle kommen in der Praxis häufig vor und beschäftigen daher auch immer wieder die Gerichte. Der VBV hat vorher die Ermächtigung zur Weiterveräußerung erteilt. Nach § 6, II KO wird das Verfügungsrecht nunmehr nach Konkurseröffnung durch den Konkursverwalter ausgeübt. Die Ermächtigung könnte auch jetzt noch gültig sein. So wäre die in der Weiterveräußerung durch den Konkursverwalter liegende Verfügung, da durch § 185, I BGB gedeckt, eine berechnete, und § 46 KO könnte nicht zur Anwendung kommen. Ein solches Ergebnis aber widerspräche dem Sinn und Zweck des § 46 KO und kann auch vom VBV bei Erteilung der Ermächtigung in der Regel nicht gewollt sein. Die Ermächtigung war eingeschränkt auf den ordnungsmäßigen

22) in BB 1956, 943–944; so wohl auch Hochgürtel, S. 39; OLG Frankfurt BB 1957, 273; kritisch – im Ergebnis zutreffend – Schreiter, BB 1958, 1227–1229; hierzu s. aber auch BGH BB 1959, 760

23) Das wird bestätigt von BGH NJW 1958, 1282, linke Spalte; in Übereinstimmung mit dem OLG Frankfurt/M. als Vorinstanz legte der BGH (a. a. O., rechte Spalte) in einem ähnlich gelagerten Fall die ALB dahin aus, die Weiterveräußerungsermächtigung sei nicht allgemein von dem Eintritt des Erfolges abhängig gemacht, sondern der VBK sei nur dann nicht ermächtigt, wenn er vertraglich die Abtretung der Forderung – ohne Zustimmung des Dritten – ausgeschlossen habe. In diesem Fall kann der BGH zur Bejahung des § 46 KO kommen. Hierzu neuerdings wieder BGH BB 1959, 724 = DB 1959, 788; s. auch BGH BB 1959, 760

Geschäftsverkehr. Bereits aus diesem Gesichtspunkt wird man dazu kommen müssen, mit Konkurseröffnung die Ermächtigung als erloschen zu betrachten. Anlaß und zugleich Grenze der Erteilung der Ermächtigung ist es, die wirtschaftliche Verwertung der EV-Ware durch den VBK zu erleichtern, um ihm so die Tilgung der Kaufpreisforderung zu ermöglichen. Sie soll aber nicht dazu dienen, dem VBV für sein Eigentum eine Konkursforderung zu geben, die üblicherweise weit hinter dem wirklichen Vermögenswert zurückbleibt. Das widerspricht der keineswegs aus altruistischen Erwägungen heraus erteilten Ermächtigung. Sie ist auf ordnungsmäßigen Geschäftsverkehr zu beschränken und umfaßt damit nicht den Konkurs. Wenn somit nicht besondere Umstände dafür sprechen, hat die Ermächtigung des VBK durch den VBV ihre Grenze am Konkurs; der Konkursverwalter ist grundsätzlich nicht zur Weiterveräußerung befugt²⁴). Damit hat der VBV in diesem Falle ein Ersatzaussonderungsrecht nach § 46 KO.

Ausnahmsweise kann jedoch der VBV auch die Zustimmung zur Weiterveräußerung der ihm ein Aussonderungsrecht gebenden Sache durch den Konkursverwalter erteilt haben. Dann würde er durch die Verfügung des Konkursverwalters kein Ersatzaussonderungsrecht erhalten —. Der BGH (NJW 1953, 219) betont zutreffend, daß sich der Konkursverwalter für Erfüllung des Kaufvertrages entschieden habe und dem VBV daher eine Masseforderung nach §§ 17, 59 Ziff. 2 KO zustünde, die für ihn jedoch ungünstiger als ein Ersatzaussonderungsrecht sei. Grundsätzlich ist jedoch davon auszugehen, daß die dem VBK erteilte Ermächtigung zur Weiterveräußerung nicht auch für den Konkursverwalter gilt. Die durch ihn vorgenommene Veräußerung ist somit nicht rechtmäßig und gibt dem VBV die Rechte aus § 46 KO.

c) Ein Absonderungsrecht wäre angemessener

Der einfache EV bewirkt, daß das Eigentum bis zur völligen Tilgung der Kaufpreisschuld bei dem VBV verbleibt. Fällt der VBK vor Eintritt der Bedingung in Konkurs und lehnt der Konkursverwalter die Erfüllung des Vertrages ab, hat der VBV ein Aussonderungsrecht gemäß § 43 KO. Fraglich aber ist, ob man bei der Sicherung durch die Formen der Verlängerung des EV ein Aussonderungsrecht bejahen kann. Die Rechtsstellung des VBV in den einzelnen Phasen der Sicherung läßt sich unter den Wortlaut des § 43 KO subsumieren. Schwierigkeiten entstehen dabei nur bei der Verkaufserlösklausel. Es sind aber die gleichen, die bereits bei der Besprechung dieser Klausel aufgetaucht sind. Geld kann nur dann Gegenstand der Aussonderung sein, wenn es sich „indi-

²⁴) so auch BGH NJW 1953, 218 mit zust. Anm. von Raiser, daselbst S. 217; Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 45; Jäger-Lent, § 46, Anm. 2; Mentzel-Kuhn, § 46, Anm. 4; s. auch Mückenberger, NJW 1958, 9; Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 71; Stulz, S. 48; Mertens, S. 56; Meisner, S. 21; Hirsch, S. 56; Jacusiel, S. 33, 106–107; Hofmann, S. 145; unzutreffend insoweit Hochgürtel, S. 94, 96, 99; richtig aber S. 161

viduell bestimmbar in der Masse vorfindet²⁵⁾, also insbesondere getrennt gelagert ist. Hieran scheitert meist schon die Frage, ob der VBV Eigentümer des Erlöses ist. Daher wird in der dritten Phase der Sicherung nur in Ausnahmefällen Eigentum bzw. Gläubigerschaft (bei Überweisung durch den Drittabnehmer auf ein Sonderkonto) und Aussonderungsrecht des VBV gegeben sein. Anders aber bei der Verarbeitungs- und Vorausabtretungsklausel. Hier sind alle Fälle mit Hilfe der Wertorientierung in dem Sinne zu lösen, daß der VBV grundsätzlich Miteigentümer bzw. Mitinhaber wird.

Die dem EV entsprechende Sicherung der Geldkreditgeber ist die Sicherungsübereignung. Beide Sicherungsarten sind den speziellen Erfordernissen der jeweiligen Sicherungsgeschäfte angepaßt. Kollisionen lassen sich naturgemäß nicht vermeiden. Sie haben aber wesentlich dazu beigetragen, daß beide „Institute“ praktisch und theoretisch ausgebaut worden sind. Während dem durch den EV gesicherten Warenkreditgeber im Konkurs des VBK allgemein das Aussonderungsrecht zugesprochen wird, hat sich die h. M. bei der Sicherungsübereignung anders entschieden. Die Sicherungsübereignung bietet in Einzelzwangsvollstreckung und Konkurs ein eigenartiges Bild. Bei der eigenützigen Treuhand nimmt die h. M. zu Recht an, Sicherungseigentum sei echtes Eigentum und gewähre daher dem Sicherungsnehmer bei Vollstreckungshandlungen Dritter gegen den Sicherungsgeber das Recht aus § 771 ZPO. Dagegen betonen andere mehr den Sicherungscharakter der Übereignung und wollen dem Sicherungsnehmer nur die Klage auf vorzugsweise Befriedigung gemäß § 805 ZPO zubilligen²⁶⁾.

Im Konkurs des Sicherungsgebers wird jedoch allgemein nicht – wie es dem § 771 ZPO entsprechen würde – ein Aussonderungs-, sondern nur ein Absonderungsrecht des Sicherungsnehmers angenommen. Diese Inkonsequenz ist jedoch gerechtfertigt durch die Berücksichtigung der Erfordernisse des Konkursverfahrens und durch den wirtschaftlichen Gehalt der Sicherungsübereignung. Bereits im Jahre 1929 hat das RG (RGZ 124, 75) zur Begründung der Auffassung, daß der Sicherungsnehmer bei der Sicherungstreuhand nur ein Absonderungsrecht habe²⁷⁾, zutreffend ausgeführt: „Der letzte Grund für sie liegt aber nicht in dem Umstand, daß das Sicherungseigentum nur ein Eigentum minderen Rechtes sei und wirtschaftlich einem Pfandrecht gleichstehe, sondern darin, daß der Konkurs zu einer sofortigen Lösung nicht nur des sachenrechtlichen Verhältnisses, sondern auch des der Sicherungsübereignung

25) Mentzel-Kuhn, § 43, Anm. 16

26) Auf den Streit braucht in dieser Arbeit nicht näher eingegangen zu werden; es genügt ein Hinweis auf Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 76 und Palandt-Hoche, Einf. vor § 929, Anm. 7, B, c, bb, jeweils mit vielen Angaben; s. auch RGZ 124, 73–75; BGHZ 12, 234. In den Phasen der Verlängerung des EV kann der VBV gemäß § 771 ZPO gegen Individualvollstreckungen Dritter vorgehen; so auch Flume, NJW 1950, 849

27) vgl. etwa auch Lehmann, Reform, S. 63–64 und § 25, IV seines Entwurfes (S. 80–81)

zugrunde liegenden persönlichen Verhältnisses nötig. Der Sicherungsnehmer darf nicht gleichzeitig die Sache aussondern und wegen seiner gesamten Forderung Befriedigung aus der Masse verlangen.“

Diese Meinung ist heute durchweg anerkannt²⁸⁾. Sie bezieht sich jedoch nur auf die Sicherungsübereignung bzw. Sicherungsabtretung. Das Eigentum oder die Gläubigerschaft, welche der VBV durch den vEV erhält, unterscheidet sich deutlich von der Sicherungsübereignung bzw. -abtretung; darauf wurde schon hingewiesen. Der hauptsächliche, dem Wesen der beiden Kreditsicherungsmittel entsprechende Unterschied liegt darin, daß der Sicherungsgeber dem Sicherungsnehmer das Recht überträgt, während es der VBV direkt erwirbt. Damit verbietet sich rechtlich eine Gleichstellung von vEV und Sicherungsübereignung oder -abtretung. Wirtschaftlich jedoch ergeben sich Parallelen. Zunächst ist der jeweilige angestrebte Zweck der gleiche. Eine zugrundeliegende Forderung soll gesichert werden. Die Sicherung wird in beiden Fällen – anstatt durch ein Pfandrecht – durch Eigentum gewährleistet. Das hat – trotz der konstruktiven Unterschiede – zur Folge, daß im Konkurs des des VBK bzw. Sicherungsgebers der VBV bzw. Sicherungsnehmer Eigentum und Forderung zugleich geltend machen könnte. Eine doppelte Befriedigung aber ist ausgeschlossen. Das fand in § 64 KO seinen Niederschlag. Das Gesetz hat nur den Fall geregelt, in dem ein Gläubiger neben seiner Forderung auch noch ein Pfandrecht hat, §§ 48, 49 KO. Es gibt solchen Gläubigern das Recht, aus den ihnen verpfändeten Gegenständen abgesonderte Befriedigung wegen ihrer dem Pfandrecht zugrundeliegenden Forderung zu verlangen. Wegen der Rechtsähnlichkeit hat man diese Vorschrift auch bei durch Sicherungsübereignung oder Sicherungsabtretung gesicherten Forderungen angewandt. Auf Grund der – wenn auch nicht rechtlichen, so doch wirtschaftlichen – Parallelen zu der durch den vEV gewährleisteten Sicherung muß man die Vorschrift des § 48 KO entsprechend auch hier anwenden. Einer Analogie steht nichts im Wege. Ausdrücklich geregelt ist die Stellung des VBV im Konkurs des VBK nicht. Der Anwendung des § 43 KO stehen aus der hierbei anzuwendenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise begründete Bedenken entgegen. Der Obersatz lautet gemäß § 48 KO: Ist für eine Forderung eine dingliche Sicherheit gestellt, so hat der Gesicherte auf Grund seines Sicherungsrechts einen Anspruch auf abgesonderte Befriedigung aus den seiner Sicherung dienenden Gegenständen.

Neuerdings hat das LG Hildesheim (NJW 1958, 1499) zur Frage der Behandlung des vEV im Konkurs des VBK Stellung genommen. Es kam zu dem begrüßenswerten Ergebnis: „Der verlängerte Eigentumsvorbehalt gewährt dem Verkäufer im Konkurs des Käufers nach Umarbeitung der gelieferten Ware nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung wegen seiner Kaufpreisforderung.“ In den

²⁸⁾ kritisch hierzu und zum folgenden: Lange, NJW 1950, 566, 569–570

Gründen geht die Entscheidung davon aus, daß im Konkurs des VBK der einfache und der verlängerte EV anders zu behandeln seien, da ein wesentlicher Unterschied zwischen beiden bestehe. Diese Formulierung ist irreführend. Nicht das Wesen der erzielten Sicherung ist verschieden, sondern nur der rechtliche Weg, auf dem die Sicherung herbeigeführt wird. Das meint auch das Urteil, wie sich aus dem Zusammenhang klar ergibt. Es weist nämlich darauf hin, daß der einfache EV das Eigentum bei VBV beläßt, während ihm durch die Verarbeitungsklausel neues Eigentum an der neuen Sache zugeordnet wird. Das allein rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung im Konkurs. Das LG Hildesheim zieht die Parallele zur Sicherungsübereignung. Es komme „das auf verlängertem Eigentumsvorbehalt beruhende Eigentum im Gegensatz zu dem gewöhnlichen Vorbehaltseigentum nach seiner Begründungsart und seinem Zweck einem Sicherungseigentum außerordentlich nahe“. Ausschlaggebend aber für die Gleichbehandlung im Konkurs ist, daß die bereits zitierten – durch das RG in RGZ 124, 75 formulierten – Gründe in gleichem Maße für Sicherungsübereignung und vEV zutreffen. Damit hält es das Urteil für angemessen, dem VBV nur ein Absonderungsrecht nach § 48 KO zuzubilligen.

Der Entscheidung ist zuzustimmen, auch wenn sie sich nicht dazu äußert, ob § 48 KO direkt oder analog angewandt werden soll. Sie ist, soweit ersichtlich, der erste Versuch der Rechtsprechung, den vEV im Konkurs des VBK der Sicherungsübereignung gleichzustellen. Damit wird dem Gehalt der durch den vEV erreichten Sicherung des VBV Rechnung getragen, und zugleich wird die Rechtsstellung des VBV im Konkurs des VBK auf ein vernünftiges und wirtschaftlich vertretbares Maß zurückgeführt. Auch in der Literatur scheint sich allmählich die zutreffende Auffassung durchzusetzen, daß der VBV im Konkurs des VBK nur ein Absonderungsrecht nach § 48 KO und kein Aussonderungsrecht nach § 43 KO geltend machen kann²⁹⁾.

Mit der Befürwortung des Absonderungsrechtes könnte die Folge verbunden sein, daß § 46 KO nicht mehr anwendbar wäre, wenn der Konkursverwalter die EV-Sache in verarbeitetem oder unverarbeitetem Zustand weiterveräußert.

Der § 46 KO setzt nämlich voraus, daß die Gegenstände – ohne die unberechtigte Verfügung – hätten ausgesondert werden können. Hier aber wurde durch die Weiterveräußerung nur ein Absonderungsrecht vereitelt. Es ist jedoch nicht einzusehen, warum sich die rechtsverstärkende Wirkung des § 46 KO – trotz seines Wortlauts – nur auf Aussonderungsrechte beziehen soll. Die Interessenlage des Berechtigten ist in beiden Fällen die gleiche; ein Anspruch aus § 816, I Satz 1 BGB ist jedesmal gegeben. Man hat daher den § 46 KO unter Berück-

²⁹⁾ so z. B. Michel, IHK, S. 263; Schagen, S. 74; Scholz, S. 263, N. 177; v. Wehner, S. 103; Hofmann, S. 144–145; Flume, NJW 1950, 849; Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 46; Jäger-Lent, § 43, Anm. 37 i; Schreiter, BB 1958, 1229; a. A. etwa Staudinger-Berg, § 950, Anm. 15, ohne jedoch näher auf die Frage einzugehen; s. auch Franke, BB 1955, 718; 1959, 543

sichtigung seines Zweckes dahin zu verstehen, daß auch bei unberechtigter Vereitelung eines Absonderungsrechtes ein Recht aus § 46 KO zuzubilligen ist. Zu „diesem Schlusse nötigen Rechtslogik und Billigkeit“³⁰⁾.

3. Konkurs des Vorbehaltsverkäufers

Praktisch weniger bedeutsam ist der Fall, daß der VBV vor vollständiger Zahlung des Kaufpreises durch den VBK in Konkurs gerät. Auch hier ist § 17 KO anwendbar. Der Kaufvertrag ist von beiden Vertragsparteien noch nicht vollständig erfüllt. Entscheidet sich der Konkursverwalter für Erfüllung, so endet damit der Schwebezustand und die Forderung gegen den VBK auf Zahlung des (restlichen) Kaufpreises gehört zur Konkursmasse. Der VBK seinerseits hat weiterhin einen Anspruch auf Übereignung, den er durch vollständige Bezahlung durchsetzen kann. Dieser Verschaffungsanspruch wird Masseforderung nach § 59 Ziff. 2 KO³¹⁾. Schon deshalb kann § 15 KO keine Anwendung finden. Dazu kommt, daß die EV-Sache wirtschaftlich nicht mehr zur Konkursmasse gehört. Sie dient nur noch der Sicherung der Kaufpreisforderung. Rechtlich fand dies darin seinen Niederschlag – worauf Schlegelberger-Hefermehl (Anh. zu § 368, Anm. 50 a.E.) mit Recht hinweisen – daß bereits vor Eröffnung des Konkursverfahrens zugunsten des VBK aufschiebend bedingt verfügt war. Führt der VBK durch Zahlung des Restkaufpreises die Bedingung herbei, wird er nach §§ 929, 455, 158, I BGB in Verbindung mit § 17 KO Eigentümer. Er erwirbt die EV-Sache auch mit Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern; § 15 KO findet keine Anwendung³²⁾. Das gleiche gilt für die verschiedenen Phasen der Verlängerung des EV. Auch hier sind die Gegenstände dem VBV zugeordnet. Dem Wesen der EV-Sicherung entsprechend hat der VBK jedoch jeweils ein Anwartschaftsrecht aus bedingter Übereignung bzw. Abtretung, das im Augenblick der Zahlung der letzten Rate zum Vollrecht erstarkt. Zahlt der VBK nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des VBV, wird er, der VBK, Alleineigentümer bzw. Alleininhaber. Der § 15 KO ist nicht anwendbar.

Entscheidet sich der Konkursverwalter für die Nichterfüllung des Vertrages, so erlöschen die beiderseitigen Erfüllungsansprüche. Der Konkursverwalter kann die EV-Sache zur Masse ziehen, § 985 BGB. Der VBK kann die Herausgabe nicht unter Berufung auf §§ 433, 986 BGB verweigern. Sein Recht zum Besitz ist erloschen³³⁾. Grundsätzlich muß auch die erteilte Weiterveräußerungsermächtigung mit Eröffnung des Verfahrens als erloschen gelten. Das ist aus Sinn und Zweck der Ermächtigung zu folgern. Der VBK soll nach der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des VBV nicht befugt sein, wirksam über die

³⁰⁾ so Jäger-Lent, § 46, Anm. 5; Mentzel-Kuhn, § 46, Anm. 6; a. A. RGZ 28, 149–150; Schreiter, BB 1958, 1229

³¹⁾ Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 49

³²⁾ hierzu auch BGH NJW 1955, 544; Hochgürtel, S. 103

³³⁾ s. Jäger-Lent, § 17, Anm. 42 und 14 mit Angaben

EV-Sache zu verfügen und so dem Konkursverwalter die Möglichkeit zu nehmen, die Sache – nach Ablehnung der Erfüllung – zur Masse zu ziehen. Das widerspricht im übrigen den Gedanken des § 15 KO. M.E. kann man aber das Erlöschen der Ermächtigung nicht mit einem Hinweis auf §§ 23 KO, 168 BGB begründen³⁴⁾. Richtig ist, daß die Vereinbarung des vEV zwischen den Parteien ein auftragsähnliches Verhältnis schafft, das insbesondere zur Wahrung der gegenseitigen Interessen verpflichtet. Richtig ist auch, daß dieses Verhältnis mit Konkurseröffnung nach § 23 KO erlischt. Aber nicht gebilligt werden kann die Anwendung des sich auf die Vollmacht beziehenden § 168 BGB auf die unter dem § 185, I BGB zu beurteilende Ermächtigung. Zwar gestattet sowohl die Vollmacht als auch die Ermächtigung eine Einwirkung auf einen fremden Rechtskreis. Das rechtfertigt jedoch noch nicht ihre rechtliche Gleichbehandlung. Die grundlegende Unterschiede³⁵⁾ zwischen der Stellvertretung und der Ermächtigung müssen vielmehr im Interesse einer klaren Abgrenzung dazu führen, daß die Vorschriften über die Stellvertretung nicht – auch nicht analog – auf die unter § 185, I BGB fallende Ermächtigung anwendbar sind.

Hat der VBK die ursprüngliche EV-Ware verarbeitet oder weiterveräußert, ist das Eigentum an ihr untergegangen. Zu seiner Sicherung hatte der VBV im Augenblick der Konkurseröffnung Miteigentum an dem Verarbeitungsprodukt, oder er war Mitinhaber der Forderung. Die Auseinandersetzung wird jedoch in der Regel mit praktischen Schwierigkeiten verbunden sein. Daher ist es grundsätzlich im Interesse der Konkursmasse zu empfehlen, daß sich der Konkursverwalter – ist das Eigentum an der ursprünglichen EV-Ware vor Konkurseröffnung untergegangen – für Erfüllung entscheidet.

Bei Erfüllungsablehnung kann der VBK seine bereits geleisteten Anzahlungen auf Grund des § 26 Satz 1 KO nicht mehr zurückverlangen. Abgesonderte Befriedigung kann er nicht begehren; er hat weder ein Pfandrecht noch ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht, §§ 48, 49 Ziff. 2 und 4 KO. Den ihm erwachsenden Schaden kann er gemäß § 26 Satz 2 KO nur als Konkursgläubiger im Sinne des § 61 Ziff. 6 KO geltend machen. Das kann zu Unbilligkeiten führen, insbesondere dann, wenn die geleisteten Zahlungen der Höhe der Kaufpreysforderung schon sehr nahe gekommen sind. Dennoch hat der Konkursverwalter das Wahlrecht nach § 17 KO. Seine Ausübung muß aber am Gedanken des § 242 BGB die Grenze finden. Das RG in RGZ 140, 162 führte hierzu aus: „Wohl aber muß als oberstes Gesetz anerkannt werden, daß die Erfüllungsablehnung nicht gegen Treu und Glauben verstoßen darf.“

³⁴⁾ so aber z. B. Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 48; zutreffend dagegen Jäger-Lent, § 23, Anm. 9

³⁵⁾ hierzu vgl. Staudinger-Coing, § 164, Vorbem. 63 a mit Angaben; Palandt-Danckelmann, § 167, Anm. 1 a. E.; Enn.-Nipperdey, 2. Halbb., S. 882–883 mit Anm. 4 und vielen Nachweisen; vgl. auch Lehmann, S. 314–315

Dieser das ganze Rechtsleben beherrschende Grundgedanke . . . liegt auch dem § 17 KO zugrunde.“ Allerdings wird man nur in Ausnahmefällen zur Vermeidung grober Unbilligkeiten zu dem Ergebnis kommen dürfen, eine Erfüllungsablehnung verstoße gegen Treu und Glauben³⁶⁾. Jedenfalls darf die Heranziehung des § 242 BGB nicht dazu führen, den Anwendungsbereich des § 17 KO einzuengen. Das würde gegen die vom Gesetzgeber aufgestellte Interessenwertung verstoßen. Bei beiderseits noch nicht erfüllten Verträgen wird dem Vertragspartner die Hinnahme unbilliger Ergebnisse im Einzelfall im Interesse der übrigen Konkursgläubiger grundsätzlich zugemutet. Mißbräuchliche Anwendung des § 17 KO ist jedoch nicht mehr vom Gesetzeszweck gedeckt.

4. Ergebnis

Für die Behandlung des vEV im Konkurs ist demnach als Ergebnis festzuhalten:

- a) Im Konkurs jeder der beiden Parteien ist § 17 KO anwendbar.
- b) Im Konkurs des VBK ist bei einfachem EV Aussonderungs- und Ersatzaussonderungsrecht anzunehmen.
- c) Die erteilte Weiterveräußerungsermächtigung erlischt, wenn eine der beiden Parteien in Konkurs fällt.
- d) In den Phasen der Verlängerung ist ein Absonderungsrecht angemessener. Insoweit ist die Parallele zur Sicherungsübereignung zu ziehen.
- e) Das Absonderungsrecht beeinträchtigt nicht das Recht aus § 46 KO.
- f) Im Konkurs des VBV wird sich der Konkursverwalter in der Regel für Erfüllung entscheiden.
- g) Die Erfüllungsablehnung steht im übrigen unter dem Gedanken des § 242 BGB. Doch ist § 242 BGB nur mit Zurückhaltung anzuwenden und kann nur zur Vermeidung mißbräuchlicher Entscheidungen des Konkursverwalters dienen.
- h) Im übrigen hat der VBK eine gewöhnliche Konkursforderung gemäß §§ 26 Satz 2, 61 Ziff. 6 KO.

II. DER VERLÄNGERTE EIGENTUMSVORBEHALT IM VERGLEICHsverfahren

Nach den Ausführungen über die Behandlung des vEV im Konkurs kann dieses Kapitel sehr kurz gefaßt werden. Die Fragen sind nach ähnlichen Grundsätzen zu lösen.

³⁶⁾ so auch Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 48

1. Vergleich über das Vermögen des VBK

Die gleichen Gründe, die zur Anwendbarkeit des § 17 KO führten, sind auch zur Bejahung des § 36 VerglO heranzuziehen. Wenn auch der VBV bereits alles seinerseits Erforderliche getan hat, besteht die Verpflichtung dennoch weiter. Er schuldet den Leistungserfolg, nicht nur die Leistungshandlung. Die Vorschrift des § 36 VerglO greift ein; der gegenseitige Vertrag ist noch von keiner Vertragspartei vollständig erfüllt³⁷⁾. Demnach ist der VBV grundsätzlich nicht Vergleichsgläubiger; das Rechtsverhältnis bleibt vom Vergleichsverfahren über das Vermögen des VBK unberührt. Allerdings kann der Schuldner – mit Ermächtigung des Vergleichsgerichts – die Erfüllung oder die weitere Erfüllung des Vertrages ablehnen. Bei einfachem EV greift § 26, I VerglO ein; der VBV ist auch jetzt nicht Vergleichsgläubiger. Er kann die gelieferte EV-Sache auf Grund des vorbehaltenen Eigentums vom Vergleichsschuldner herausverlangen. Entsprechend dem § 26 KO kann er nach § 52, I VerglO einen ihm eventuell aus der Ablehnung entstandenen Schaden als Vergleichsgläubiger geltend machen.

Auch bei Eröffnung des Vergleichsverfahrens erlischt die auf den ordnungsgemäßen Geschäftsverkehr abgestellte Weiterveräußerungsermächtigung. Veräußert der Vergleichsschuldner (oder der Vergleichsverwalter) die Ware dennoch, erwächst dem VBV ein Ersatzaussonderungsrecht i. S. des § 46 KO, das er gemäß § 26, I VerglO außerhalb des Vergleichsverfahrens geltend machen kann. Fand die Veräußerung der verarbeiteten oder unverarbeiteten Ware bereits vor Konkurseröffnung statt, stand dem VBV auf Grund der Vorausabtretungsklausel ein wertmäßig bestimmter Anteil an der Forderung gegen den Drittabnehmer zu. Die Einziehungsermächtigung des VBK ist erloschen. Zieht er die Forderung dennoch ein und ist der Erlös noch unterscheidbar, entsteht kein neues Problem. Der VBV kann den Erlös außerhalb des Vergleichsverfahrens vom VBK verlangen. Ist die Unterscheidbarkeit aber nicht mehr gegeben, kann der VBV – da die Vergleichsordnung keine dem § 59 Ziff. 3 KO entsprechende Vorschrift kennt – die durch die Zahlung des Dritten entstandene Bereicherung der Masse direkt aus § 816, II BGB vom VBK verlangen³⁸⁾.

Das Gesetz bestätigt in § 27, II VerglO die allgemein anerkannte Auffassung, dem Sicherungseigentümer nur ein Recht auf abgesonderte Befriedigung zuzubilligen. Im Vergleichsverfahren des VBK wird man erst recht die Parallele zwischen vEV und Sicherungsübereignung ziehen. Auch wenn beide „Institute“ ihrem Wesen nach verschieden sind, so ist der Zweck – wenn auch auf verschiedene Kreditgeber zugeschnitten – grundsätzlich der gleiche. Es ist daher gerechtfertigt, den § 27, II VerglO entsprechend auf die durch den vEV gewährleistete

³⁷⁾ s. auch Bley, § 36, Anm. 37 b, 37 c, 38 b; v. Wehner, S. 101; a. A. jüngst LG München-Gladbach BB 1959, 681; s. aber auch OLG München NJW 1959, 1542, 1543

³⁸⁾ zutreffend Besser-Roth, NJW 1954, 373; s. auch Letzgus, S. 80; Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 52

Sicherheit anzuwenden. Der VBV kann so nur abgesonderte Befriedigung verlangen³⁹⁾. Wird ihm dieses Recht durch unberechtigte Verfügungen nach Vergleichseröffnung entzogen, finden insoweit wieder §§ 46 KO, 26 VerglO Anwendung, bzw. kann der VBV aus § 816 BGB gegen den VBK vorgehen.

Die Vorschrift des § 36, II VerglO ist nur für den einfachen EV von Bedeutung, da die Vereinbarung der Vorausabtretungsklausel dem VBV auch bei teilweiser Weiterveräußerung die Forderung im entsprechenden Wertverhältnis zuordnet.

2. Vergleich über das Vermögen des VBV

Auch hier ist § 36 VerglO anzuwenden. Der VBK ist nicht Vergleichsgläubiger. Mit Ermächtigung des Vergleichsgerichts kann der VBV als Vergleichsschuldner gemäß § 50 VerglO die Erfüllung ablehnen. Während Bley den § 50 VerglO im Vergleichsverfahren des VBK zu Recht anwendet, hält er die Ablehnungsbefugnis im Vergleichsverfahren des VBV für ausgeschlossen⁴⁰⁾. Er begründet seine Meinung mit § 161 BGB. Dabei dehnt er den Anwendungsbereich aus Gründen des Schutzzweckes dieser Vorschrift über Veräußerung und Belastung aus. Er soll auch solche Verfügungen umfassen, welche ganz allgemein die Befugnisse des Eigentümers bezüglich des Gegenstandes der aufschiebend bedingten Verfügung beschränken. Mit der Erfüllungsablehnung würde sich der Vergleichsschuldner von dem sich im Anwartschaftsrecht des VBK darstellenden Verfügungsausschlußrecht befreien. Dem kann nicht zugestimmt werden. Der Wortlaut des § 50 VerglO gibt für diese Auffassung keinerlei Anhaltspunkte. Insbesondere läßt sich – entgegen Bley – aus § 50, IV VerglO kein Argument entnehmen, da diese Vorschrift als Ausnahmeregelung einer ausdehnenden Auslegung nicht zugänglich ist⁴¹⁾. Auch der Zweck des § 50 VerglO nötigt nicht zu einer solchen Auslegung. Dem Vergleichsschuldner soll im Interesse der Vergleichsgläubiger – ähnlich dem § 17 KO – ein als Gestaltungsrecht ausgestattetes wirksames Mittel zur Verfügung stehen, um im Einzelfall noch nicht abgewickelte Vertragsverhältnisse zu beeinflussen. Die Zweckmäßigkeit der Entscheidung wird vom Vergleichsgericht vor Erteilung der Ermächtigung zu prüfen sein. Verneint man die Anwendbarkeit dieser Vorschrift, wird der Vertragspartner des nichterfüllten Vertrages auf Kosten der übrigen Vergleichsgläubiger möglicherweise bevorzugt. Das aber widerspricht dem Sinn und Zweck des Vergleichsverfahrens und der vom Gesetz verfolgten Absicht. Das RG befürchtet – bezüglich § 17 KO – in RGZ 140, 162 bei einem allgemeinen Ausschluß der Erfüllungsablehnung „unerträgliche Ergebnisse“. Man wird auch hinsichtlich des § 50 VerglO nur die Einschränkung machen dürfen, wie sie be-

³⁹⁾ so auch Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 52 a. E.

⁴⁰⁾ vgl. Bley, § 36, Anm. 38 b und § 50, Anm. 15 b einerseits, und § 50, Anm. 15 a andererseits; hier finden sich auch viele Literaturhinweise zu diesen Fragen; v. Wehner, S. 99–100 stimmt Bley zu.

⁴¹⁾ Im Ergebnis ebenso Rühl, ZZP 56, 164, Anm. 25 a (für §§ 17, 24 KO)

reits bei § 17 KO gemacht wurde. Nur dann ist diese Vorschrift unanwendbar, wenn ihre Anwendung eine mißbräuchliche Ausnutzung einer formalen Rechtsstellung darstellen und damit gegen § 242 BGB verstoßen würde. Dem Vergleichsschuldner bzw. Vergleichsverwalter⁴²⁾ wird die Entscheidung, ob sich die Erfüllungsablehnung noch mit § 242 BGB verträgt, vom Vergleichsgericht abgenommen, worauf Schlegelberger-Hefermehl (Anh. zu § 368, Anm. 54) zutreffend hinweisen. Man hat zu fordern, daß dem VBK vor Erfüllungsablehnung Gelegenheit gegeben wird, durch Zahlung des restlichen Kaufpreises Eigentümer der EV-Sache zu werden⁴³⁾.

Richtig ist, daß auch im Vergleichsverfahren in den meisten Fällen eine Erfüllungsablehnung durch den VBV unzweckmäßig ist. Dennoch kann im Einzelfall Ablehnung und Zurückforderung der geleisteten EV-Ware, bzw. beim vEV Auseinandersetzung mit dem VBK günstiger erscheinen. Hat in diesem Fall der VBK den Kaufpreis bereits teilweise gezahlt, so kann er gemäß § 52, I Satz 1 VerglO einen Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen. Mit diesem Anspruch nimmt er als Vergleichsgläubiger am Verfahren teil, § 52, I Satz 2 VerglO. In der Praxis sind die hierbei auftretenden Unbilligkeiten geringer als im Konkursverfahren.

III. BEDENKEN GEGEN DEN vEV UND IHRE WURDIGUNG

1. Allgemeines

Obwohl der vEV in der Praxis sehr weit verbreitet ist und sich laufend weiter ausdehnt, werden immer wieder Bedenken gegen seine Zulässigkeit erhoben. Meist ist ihr Grund in rechtspolitischen Erwägungen zu suchen. Wie bereits am Anfang der Arbeit hervorgehoben, ist eine solche Methode unzulässig. Das klassische Beispiel für ein derartiges Vorgehen ist die behandelte Rechtsprechung des RG zur Frage der Bestimmbarkeit im voraus abgetretener Forderungen. Da die Vorausabtretungsklausel die praktisch häufigste Klausel ist, weil Verarbeitung nicht in allen Fällen stattfindet, war die Anwendbarkeit dieses wichtigsten Sicherungsmittels des Warenkreditgebers durch die Rechtsprechung praktisch ausgeschaltet. Der letzte Grund dafür war die damals rechtspolitisch erwünscht angesehene Zurückdrängung des vEV. Der BGH hat der Anwendung der Vorausabtretungsklausel wieder den Weg geebnet. Auch die Verarbeitungsklausel kann – soweit sie im Einzelfall unter Berücksichtigung der Eigenart der verkauften Sache in Frage kommt – vereinbart werden. Die Durchführung der Verkaufserlösklausel wird jedoch meist aus praktischen Gründen scheitern. Von den Einwänden gegen dieses Ergebnis soll nur auf die beiden wichtigsten eingegangen werden.

⁴²⁾ Über die allgemeinen Probleme der Stellung des Vergleichsverwalters im Vergleich des Vorbehaltskäufers informiert Mückenberger, NJW 1958, 7–10 unter Hinweis auf BGHZ 23, 69–73, 317–318

⁴³⁾ So wohl auch Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 57 a. E.; Letzgus, S. 84

2. Verstoß gegen § 138 BGB

Verschiedentlich wurde gegen den vEV eingewandt, er verstoße als Rechtsgebilde gegen die guten Sitten; seine Vereinbarung sei daher gemäß § 138 BGB nichtig⁴⁴⁾. Man macht dabei geltend, er beeinträchtige die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des VBK und die Interessen der übrigen Gläubiger in einem solchen Maße, daß man allgemein § 138 BGB anzuwenden habe.

Demgegenüber ist jedoch zu betonen, daß der vEV als Kreditsicherungsmittel genauso viel oder so wenig gegen § 138 BGB verstößt wie die anderen Kreditsicherungsmittel auch. Die moderne Wirtschaft kommt ohne Warenkredit nicht mehr aus. Das typische Sicherungsmittel für diese Kreditart ist der EV in seiner einfachen und verlängerten Form. Der vEV wäre dann sittenwidrig, wenn seine Vereinbarung nach Inhalt, Beweggrund und Zweck insgesamt dem Urteil aller billig und gerecht Denkenden widerspräche; dabei ist die objektive und subjektive Seite zu betrachten⁴⁵⁾. Die objektive Unsittlichkeit kann nicht etwa damit begründet werden, der vEV verstoße gegen unsere Rechtsordnung, die in § 455 BGB nur den einfachen EV vorgesehen habe. Einmal nötigt nichts zu der Annahme, das Gesetz habe sich in § 455 BGB direkt oder indirekt gegen den vEV ausgesprochen. Der vEV wurde erst nach Schaffung des BGB entwickelt. Zum andern wäre es ein untragbarer Zustand, wenn alles, was außerhalb des Gesetzeswortlauts in engerem Sinne entwickelt würde, unter § 138 BGB fiele. Eine solche Starrheit des Systems würde die Rechtsfortbildung ausschließen; sie wird wohl auch ernstlich nicht vertreten. Dagegen findet sich als Begründung des objektiven Verstoßes gegen § 138 BGB, der vEV verschleierte die Eigentumsverhältnisse, verstoße damit gegen das Publizitätsprinzip im Sachenrecht, schaffe einen von allen unerwünschten Zustand der Gefahr der Kredittäuschung und falle daher unter § 138 BGB. Dieser Einwand ist nicht ohne weiteres abzuweisen. In der Tat führt der vEV dazu, daß die wirklichen Eigentumsverhältnisse Dritten gegenüber meist unklar bleiben. Das ist aber nicht das Wesen des vEV, sondern eine nur mögliche Folge seiner Anwendung. Das Gesetz selbst geht davon aus, daß der Grundsatz der Offenkundigkeit⁴⁶⁾ nicht in allen Fällen in genügendem Maße durchzusetzen ist. Es fordert zwar den „Vollziehungstatbestand“, aber bietet selbst Möglichkeiten an, etwa die körperliche Besitzübergabe bei der Übereignung beweglicher Sachen zu ersetzen, §§ 930, 931 BGB. Auch in den Gutglaubensvorschriften ist innerhalb des Rechtssystems eine Konzession an die mangelnde Offenkundigkeit der sachenrechtlichen Ver-

⁴⁴⁾ So etwa Schantz, S. 38, 56; OLG Hamburg JW 1938, 2208–2209; Herschel in der Anm. zu RG DR 1940, 581 ff., daselbst S. 583–584; Barkhausen, NJW 1949, 847

⁴⁵⁾ vgl. RGRK, § 138, Anm. 1 mit vielen Angaben; Staudinger-Going, § 138, Anm. 3; v. Tuhr II, 2, S. 23

⁴⁶⁾ s. Westermann, SR, S. 16–17; s. auch Zahn, S. 5; v. Wehner, S. 25–27 mit Hinweisen auf ausländisches Recht

hältnisse zu erblicken. Mit Recht weist Flume (NJW 1950, 842) darauf hin, daß Sicherungsübereignung und Sicherungsabtretung die gleichen Folgen zeitigen, beide jedoch heute „anerkannte Institute unserer Rechtsordnung“ sind.

Insofern ist es verständlich, daß das RG – trotz seiner ablehnenden Haltung gegenüber dem vEV – niemals den Weg über § 138 BGB gegangen ist, sondern die Gültigkeit des vEV an der mangelnden Bestimmbarkeit hat scheitern lassen. Die Prüfung der Sittenwidrigkeit hat es jedesmal umgangen⁴⁷⁾. Dies geschah nicht – wie Barkhausen (NJW 1949, 847) meint –, weil das RG der Auffassung war, die Ablehnung des vEV bedürfe nicht mehr der Bekräftigung durch die Feststellung der Sittenwidrigkeit. Hätte das RG eine Möglichkeit gesehen, die Abrede des vEV generell als gegen § 138 BGB verstoßend zu bezeichnen, so hätte es das getan. Der Weg wäre wesentlich einfacher und der Erfolg durchschlagend gewesen.

Soweit man nicht die Wertorientierung bei Festsetzung des Umfangs der durch den vEV gewährleisteten Sicherheit anerkennt, kann man in einzelnen Fällen den § 138 BGB bejahen. Insbesondere kommt dies in Betracht bei Ausnutzung der wirtschaftlichen Machtstellung durch den VBV, um sich eine übermäßige Sicherung zu verschaffen⁴⁸⁾.

Das gleiche Problem entsteht dann, wenn durch Teilzahlungen des VBK die vorher angemessene Sicherung zu einer sittenwidrigen Übersicherung wird⁴⁹⁾. Daher ist hierbei zu vereinbaren, daß eine über 20 oder 25 Prozent hinausgehende Übersicherung insoweit durch VBV freizugeben ist⁵⁰⁾. Dieser Anlaß für die Bejahung des § 138 BGB entfällt jedoch, wenn man der hier vertretenen Auffassung folgt. Allgemein wird die Sicherung bereits auf das „wirtschaftliche Surrogat“ beschränkt. Dazu kommt die weitere Einschränkung, daß dem VBV nur soviel gebührt, als er zu seiner Kreditsicherung bedarf. Dieses Ziel wird erreicht durch die wertorientierte Zuordnung des Sicherungsgegenstandes. Teilzahlungen führen insoweit den Bedingungseintritt herbei. Das hat zur Folge, daß niemals übermäßige Sicherung seitens des VBV angenommen werden kann. Die Anwendung des § 138 BGB im Verhältnis zwischen VBV und VBK entfällt somit. Die gleichen Gesichtspunkte müssen auch dazu führen, § 138 BGB im Hinblick auf die übrigen Gläubiger des VBK abzulehnen. Sie werden nicht in sittenwidriger Weise in ihren berechtigten Interessen beeinträchtigt, indem ihnen der VBV die EV-Ware und deren „wirtschaftliche Surrogate“ so lange

47) s. vor allem RG DR 1940, 582; Staudinger-Coing, § 138, Anm. 18 ii; abgelehnt wurde § 138 BGB von RGZ 136, 105–106; vgl. hierzu Flume, NJW 1950, 842 mit Anm. 9; Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 27 mit Angaben

48) So auch BGH BB 1956, 96; vgl. auch OLG Celle NJW 1952, 306; Fischer, S. 63

49) vgl. BGHZ 7, 370–371; besonders aber BGH NJW 1958, 458; s. auch Mückenberger, NJW 1958, 1754–1755

50) Besonders deutlich die – bei Durchführung der Wertorientierung der Sicherung entbehrliche – Entscheidung des OLG Stuttgart, NJW 1958, 1875–1876

als Haftungsobjekt vorenthält, bis der VBK an ihn den Kaufpreis vollständig gezahlt hat⁵¹⁾). Die Wertorientierung der dem VBV zustehenden Sicherheit führt auch hier wieder zu brauchbaren Ergebnissen. Vor allem vermeidet sie jegliche Übersicherung und schützt somit auch die Interessen der anderen Gläubiger.

Das bedeutet, daß der Einwand, der vEV verstoße gegen die guten Sitten und seine Vereinbarung sei wegen § 138 BGB nichtig, hinfällig ist. Nach der hier vertretenen Auffassung ist kein Fall sittenwidriger Übersicherung denkbar. Die Vereinbarung einer entsprechenden Freigabe der Sicherung ist entbehrlich. Die Angleichung der Sicherheit an die Höhe der „noch offenstehenden Forderung“ vollzieht sich von selbst.

3. Verstoß gegen unsere Wirtschaftsordnung

Im Laufe der Untersuchung ist wiederholt betont worden, daß der sich beim Zusammentreffen der Interessen von Waren- und Geldkreditgebern auswirkende Konflikt der hauptsächliche Anlaß dafür ist, daß die Fragen um den vEV praktisch werden. Aus diesem Konflikt heraus ist gegen den vEV ein beachtlicher Einwand erhoben werden. Man sagt⁵²⁾: Der vEV sei nur darauf abgestellt, dem Schutz der Warenkreditgeber zu dienen. Damit bevorzuge er diese Gläubiger auf Kosten der Geldkreditgläubiger, insbesondere der Banken. Die Aufnahme von Bankkredit werde versperrt; das sei ein Verstoß gegen unsere Wirtschaftsordnung.

Bevor auf diesen Vorwurf eingegangen werden kann, sind zwei Bemerkungen vorzuschicken. Barkhausen (NJW 1949, 847) will mit der Annahme des Verstoßes gegen die Wirtschaftsordnung die objektive Seite des § 138 BGB als erfüllt ansehen. Das ist nicht zwingend. Wenn ein Verstoß gegen die Wirtschaftsordnung vorliegt, bedarf es nicht mehr der Einwendung des § 138 BGB⁵³⁾. Die Unzulässigkeit ergibt sich dann von selbst. Solche Geschäfte liegen noch „vor“ dem Anwendungsbereich des § 138 BGB. Weiterhin ist der rechtspolitische Hintergrund dieses Einwandes nicht zu übersehen. Daher besteht bei ihm auch die Gefahr, daß die Vertretung von Interessen der Geldkreditgeber zur Geltendmachung dieses Bedenkens führt. Insofern wird der Einwand bereits weitgehend entkräftet.

Richtig ist an dem Einwand, daß der vEV den Schutz des Warenkreditgebers bezweckt. Das neue Produkt oder die Forderung bzw. der Erlös übernimmt die Sicherungsfunktion. Sie stehen somit grundsätzlich dem Geldkreditgläubiger – solange der VBK nicht vollständig gezahlt hat – nicht zur Verfügung. Man kann

51) Hierzu Flume, NJW 1950, 842 und NJW 1959, 917; Ludewig, DB 1951, 589; vgl. auch Wunschel, NJW 1959, 655; Dempewolf, DB 1959, 1161

52) so insbesondere Barkhausen, NJW 1949, 847; wohl schon OLG Hamburg JW 1938, 2209; gegen Barkhausen u. a. Haas, S. 58

53) Zutreffend Flume, NJW 1950, 842 mit Anm. 12; Hochgürtel, S. 18

das nicht damit begründen, daß man vorbringt, der Warenkreditgeber stehe der neuen Sache oder der Forderung gegen den Drittabnehmer – oder in Ausnahmefällen: dem eingezogenen Erlös – näher, da er die Rohstoffe geliefert und damit überhaupt den gesamten Produktionsprozeß ermöglicht habe⁵⁴). Die Bank mag durch ihren Kredit die Löhne finanziert haben. Dadurch hätte sie ebenfalls entscheidenden Anteil an der Abwicklung des Verarbeitungsvorgangs; dies insbesondere bei lohnintensiver Industrie. Der Umstand, daß das neue Produkt und anschließend die Forderung aus dem Weiterverkauf durch den VBV in Höhe des Wertes der von ihm gelieferten Ware zu seiner Sicherung beansprucht werden kann, hat einen anderen Grund. Der Grund ist der, daß der einfache EV über seine Grenzen hinaus zu verlängern ist. Diese Verlängerung bezieht sich vernünftigerweise auf die Gegenstände, die – wirtschaftlich gesehen – im Vermögen des VBK an die Stelle der ursprünglichen EV-Ware treten. Wie Flume (NJW 1950, 842–843) mit Recht betont, wäre es ein Anzeichen „ungesunder Kreditwirtschaft“, wenn derselbe Vermögensgegenstand die Sicherungsgrundlage für einen doppelten Kredit darstellen würde. Das gelte für den EV in seiner einfachen und in seiner verlängerten Form. Dem ist noch hinzuzufügen, daß sich alle diese Fragen nur bei dem Anteil am Eigentum oder an der Gläubigerschaft stellen, der dem VBV zugeordnet ist.

Nicht richtig aber ist, daß die Vereinbarung des vEV die Aufnahme von Bankkredit versperre, wobei diese Argumentation voraussetzt, daß der Bankkredit durch die gleichen Gegenstände abgesichert werden soll. Zwar wird der VBK nur zur Weiterveräußerung des neuen Produkts im Rahmen ordnungsgemäßer Geschäftsführung ermächtigt; insbesondere Sicherungsübereignungen sollen so verhindert werden. Damit sind jedoch die allgemeinen Gutglaubensvorschriften nicht ausgeschaltet. Nach ihnen ist der Kollisionsfall beim Eigentum an der neuen Sache zu lösen. Bei den Forderungen entscheidet das Prioritätsprinzip. So entspricht die Lösung des Konflikts der vom Gesetz vorgenommenen Interessenwertung.

Dempewolf⁵⁵) vertritt die Ansicht, durch die Anwendung des Prioritätsprinzips im Falle der Kollision bei Forderungsabtretungen sei die Bank auf die Dauer gegenüber dem Warenlieferanten im Vorteil. Sie erfasse die später entstehenden Forderungen durch die im voraus vereinbarte Globalzession. Dabei seien auf Grund des Prioritätsgrundsatzes nur diejenigen zukünftigen Forderungen ausgenommen, die bereits vorher über die Vorausabtretungsklausel an einen

⁵⁴) so auch Mertens, S. 75; Eichhorn, DB 1954, 533; Dempewolf, NJW 1956, 852–853; Capeller, MDR 1956, 138; anders aber Haas, S. 58; Hochgürtel, S. 20–21; Staehelin, S. 76–77; richtig dagegen OLG Hamburg NJW 1959, 103 mit weiteren Nachweisen; die kritischen Ausführungen Neubecks zu diesem Urteil in NJW 1959, 581–582, vermögen nicht zu überzeugen; vgl. auch BGH NJW 1959, 1536; Erman, BB 1959, 1111

⁵⁵) NJW 1956, 853; 1957, 858; so wohl auch das KG in dem Urteil vom 15. 1. 1957, zitiert bei Dempewolf, NJW 1957, 858, näher behandelt von Keller, NJW 1957, 1787–1788. Keller ist zuzugeben, daß sich die dem VBK erteilte Ermächtigung nur auf die Einziehung, nicht aber auf die Abtretung der Forderung – etwa an eine Bank – bezieht. Wie Dempewolf neuerdings wieder Franke, BB 1959, 543; s. auch Erman, BB 1959, 1110

VBV abgetreten seien. Die Globalzession beziehe sich auf sämtliche zukünftigen Forderungen, während Gegenstand der Vorausabtretungsklausel immer nur die im Einzelfall entstehende Forderung sei. Daher habe die Bank mit der Zeit immer den zeitlichen Vorrang vor der Vorausabtretungsklausel. Die Anwendbarkeit einer wirksamen Gegenmaßnahme durch die VBV in Form der Vereinbarung einer ebenfalls globalen Vorausabtretungsklausel bezeichnet Dempewolf als „zweifelhaft“. Ich halte sie für ausgeschlossen. Nicht etwa deshalb, weil sie nicht mit dem Grundsatz der Bestimmbarkeit im Einklang stünde, sondern weil sie dem Wesen des vEV widerspricht. Die Verlängerung kann sich notwendigerweise immer nur auf die im Einzelfall entstehende Forderung beziehen. Im Verhältnis zu anderen Forderungen fehlt der erforderliche wirtschaftliche Zusammenhang. Eine derartige globale Vorausabtretungsklausel würde den EV nicht verlängern, sondern erweitern. So betrachtet ändert sich der Prioritätsgrundsatz in seiner Wirkung um und kann zu einer Entwertung der Vorausabtretungsklausel führen. Somit ist es gerade umgekehrt: Die Geldkreditgeber mit der Vereinbarung der Globalvorauszession bilden eine Gefahr für die Sicherung der Warenkreditgeber. Auswüchse sind allerdings mit Hilfe der §§ 310, 138 BGB zu bekämpfen.

Darüber hinaus ist allgemein zu dem Einwand gegen den vEV zu sagen: Der Grundsatz des Wettbewerbs hat in unserer Wirtschaftsordnung auch die Hingabe und die Sicherung von Krediten zu umfassen. Man sollte dabei davon ausgehen, daß ein modernes Wirtschaftssystem weder den Geld- noch den Warenkredit entbehren kann. Daraus muß man folgern, daß beide gleichwertig nebeneinander stehen⁵⁶⁾. Es ist nirgendwo festgelegt und widerspräche dem Wettbewerbsgedanken, daß eine Stärkung der Stellung der Waren- oder Geldkreditgläubiger unserer Wirtschaftsordnung entgegenstünde. In den angeführten Grenzen kann der vEV nicht zur Schädigung der Gläubiger auf der Geldseite führen. Die Wertorientierung ist also geeignet, ebenfalls ein Gegenargument gegen den Einwand zu liefern, die Geldkreditgeber würden in unzulässiger Weise durch den vEV beeinträchtigt. Die Probleme sind mit Hilfe der Grundsätze des Wettbewerbs und des Gutgläubensschutzes oder der Priorität der Abtretung zu lösen. Ihre Lösung entspricht damit der gesetzlichen Wertung und entzieht sich sachlich fundierten Einwendungen. Diese drei genannten Grundsätze entsprechen sicherlich ebenso sehr unserer Wirtschafts- und Rechtsordnung wie die Institutionen des Bank- und Warenkredits.

Nach allem ist auch dieser gegen den EV geltend gemachte Einwand nicht geeignet, die Anwendbarkeit der einzelnen Klauseln in Frage zu stellen. Der vEV als das typische Sicherungsmittel des Warenkreditgebers ist in vollem Umfang aufrechtzuerhalten.

⁵⁶⁾ vgl. Dempewolf, NJW 1956, 853; 1957, 858; ders., MDR 1959, 806; Hofmann, S. 135; Fischer, S. 67; Haas, S. 58; im Ergebnis ebenso OLG Celle NJW 1952, 306; gebilligt auch durch Sommer, C, II, 1, a; v. Wehner, S. 63; wohl auch Hochgürtel, S. 19; Mertens, S. 31–32; Franke, BB 1959, 544–545; OLG Karlsruhe DB 1958, 1096; Erman, BB 1959, 1109

IV. ABSCHLUSS

Bei aller Bejahung des vEV muß jedoch auch darauf hingewiesen werden, daß Grenzen der Anwendbarkeit bestehen. Einmal eignet sich der vEV nicht bei allen Geschäften als Sicherung. Sein Anwendungsbereich ist insofern beschränkt, als der vEV z. B. nicht mit einem Letztverbraucher vereinbart werden kann, wenn der Gegenstand der Lieferung etwa eine verbrauchbare Sache ist. Wäre in einem derartigen Falle das Geschäft dennoch auf der Grundlage der eigentlich für andere Fälle gedachten ALB mit vEV abgeschlossen, so käme man insofern mangels Ernstlichkeit zur Teilnichtigkeit des Vertrages, §§ 118, 139 BGB. Aber auch innerhalb des Bereiches seiner Anwendbarkeit sind der Rechtsbeständigkeit der vEV-Abrede Grenzen gesetzt. Die beiden wichtigsten hierbei sind das Wechselrecht und das Kontokorrentverhältnis⁵⁷⁾ Sie entwerten beide die durch die Vorausabtretungsklausel erreichte Sicherung des Warenkreditgebers. Dazu folgende Beispiele:

- a) A liefert dem B Waren. In den ALB des A sind alle drei Klauseln des vEV vorgesehen. Das Geschäft wurde auf der Grundlage dieser ALB abgeschlossen. B verkauft und veräußert die EV-Ware an C. Dieser übergibt B erfüllungshalber einen Wechsel in Höhe des zwischen B und C vereinbarten Kaufpreises. B gibt seiner Bank den Wechsel zum Diskontieren.
- b) Der Sachverhalt ist der gleiche. Doch gibt C dem B keinen Wechsel, sondern die Kaufpreisforderung gegen C wird in ein zwischen B und C bestehendes Kontokorrentverhältnis einbezogen.

Hier interessiert lediglich die Frage nach dem Schicksal der Sicherung des VBV. Unberücksichtigt bleibt insbesondere, ob sich B strafbar macht.

Die Bank erwirbt den Wechsel ohne Rücksicht auf die Tatsache, daß B die zugrundeliegende Forderung im voraus abgetreten hatte und sie daher bei A – in Höhe des „Rechnungswertes“ – entstanden ist, Art. 16, I WG.

Das bedeutet zugleich, daß der VBV damit seine Sicherung verloren hat. In den ALB wird zwar bisweilen etwa vereinbart:

„Erhält unser Abnehmer aus dem Weiterverkauf unserer Ware Wechsel, hat er sie unverzüglich an uns weiterzugeben.“

Das aber schafft nur eine schuldrechtliche Verpflichtung. Ihre Nichtbeachtung gibt dem VBV, soweit ihm ein Schaden entsteht, einen Schadensersatzanspruch. Dieser aber ist für ihn ebenso uninteressant wie ein eventuell entstehender Bereicherungsanspruch. Seine dingliche Sicherung jedenfalls hat der VBV ver-

⁵⁷⁾ vgl. Flume, NJW 1950, 843, 848; 1959, 922; Dempewolf, DB 1959, 1161–1162; Sommer, C. II, b; Stulz, S. 22; Grigat, NJW 1952, 812–813; ders., BB 1952, 819–820; Fischer, S. 58; Hochgürtel, S. 64–68; s. auch Woeste, ZK 1954, 687; Staudinger-Ostler, § 455, Anm. 48 mit Angaben. Etwa auch die Kundenfinanzierung macht die Vorausabtretungsklausel gegenstandslos; vgl. Möllers, S. 74; Wendt, MDR 1956, 336–337

loren. Insofern stellt das Wechselrecht eine Grenze für den vEV dar. Man wird jedoch noch weiter zu gehen haben. Der vEV versagt immer dann, wenn ein Dritter den Sicherungsgegenstand auf Grund guten Glaubens oder auf Grund von Spezialvorschriften vom VBK erwirbt.

Die Parteien können vereinbaren, daß der VBK nicht an einen Dritten weiterverkaufen und -veräußern darf, wenn zwischen ihm und dem Dritten ein Kontokorrentverhältnis besteht. Solche Vereinbarungen werden jedoch meist wegen § 138 BGB nichtig sein. Zum andern würde ein Verstoß gegen sie auch nur – bei Vorliegen der Voraussetzungen – zu einem Schadensersatzanspruch führen. Die Sicherung aber geht unter. Wird die entstandene Forderung in das Kontokorrentverhältnis einbezogen, tritt noch vor der Abrechnung insofern eine Bindung ein, als eine selbständige Geltendmachung der Forderung ausgeschlossen ist. Mit der Abrechnung geht die Forderung unter⁵⁸⁾. Diese aber kann dem Sicherungsbedürfnis des VBK nicht nutzbar gemacht werden. Flume (NJW 1950, 848) begründet das damit, daß sich für die Bestimmung des Teils des Saldos, der dem vEV – durch Vorausabtretung – unterliegen soll, keine befriedigende Lösung finden lasse. Es wäre m.E. erwägenswert, ob nicht auch hier die Wertorientierung zu einer brauchbaren Lösung führen könnte. Dennoch aber kann der Saldo nicht Gegenstand der Sicherung des VBK sein. Die Ausdehnung der Sicherung hierauf widerspricht dem Wesen des vEV, der sich nur auf die „wirtschaftlichen Surrogate“ beziehen kann. Als ein solches aber kann der aus dem Kontokorrentverhältnis zwischen dem VBK und dem Dritten durch Rechnungsabschluß erwachsene Saldo nicht angesehen werden. Somit stellt ein Kontokorrentverhältnis der geschilderten Art für den vEV eine Grenze dar, die durch Parteivereinbarungen nicht zu überwinden ist.

Üblicherweise wird der vEV dadurch vereinbart, daß dem Kaufvertrag die ALB des Verkäufers zugrundegelegt werden. Ich halte es für unzulässig, einen Unterschied zwischen beiden Arten der Vereinbarung zu machen. Zwar stellen die ALB einen Rechtsbereich dar, der neben und teilweise sogar im Widerspruch zu dem gesetzten Recht steht⁵⁹⁾. Insofern ist es berechtigt, vom „selbstgeschaffenen Recht der Wirtschaft“⁶⁰⁾ zu sprechen. Sinn und Zweck der ALB ist es vor allem, die Vertragsbedingungen grundsätzlich für alle Kaufverträge in gleicher Weise festzusetzen. Vertragsverhandlungen über diese Fragen sollen durch einen Hinweis auf die ALB entbehrlich gemacht werden. Letztlich liegt der Aufstellung von ALB also das Wirtschaftlichkeitsstreben zugrunde. Die ALB dienen

⁵⁸⁾ Schlegelberger-Hefermehl, § 355, Anm. 26, 29, 40

⁵⁹⁾ Als Beispiel s. etwa die Regelung der Sachmängelhaftung in §§ 459 ff. BGB, 377, 378 HGB und die in sehr vielen ALB möglichst weitgehende Abdingung der Sachmängelhaftung, die ihre Grenze im Nachbesserungsrecht finden muß; hierzu BGHZ 22, 90 ff. = NJW 1957, 17–19

⁶⁰⁾ Zum Ausdruck: Großmann-Doerth, Hans, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und Staatliches Recht, Freiburg/Br. 1933; ders. JW 1929, 3447 mit Anm. 4 („autonomes Recht der Wirtschaft“); Hueck, IJb. 73, 33 ff. („Normenvertrag“); Eilles, DGuWR 1941, 124 mit Angabe („Gesetzgebungswerke der Wirtschaft“)

dem einfachen und schnellen Abschluß von Verträgen und schaffen klare, leicht zu beweisende Rechtsverhältnisse. Sie fördern somit die Rationalisierung⁶¹⁾. Dennoch ist diese wirtschaftliche Aufgabe der ALB nicht zu trennen von ihrem rechtlichen Zweck: Grundlage zu sein für Abschluß und Durchführung des Vertrages. Die ALB werden durch den Willen der Parteien „konkretisiert“, in den einzelnen Vertrag mitübernommen. Vom Vertrag ausgehend kann man mit Raiser von einer „Verweisung“ durch die Parteien auf die ALB sprechen⁶²⁾. Durch diese – meist stillschweigende – Bezugnahme der Parteien auf die ALB werden die generell festgelegten Vertragsbedingungen Bestandteil des Einzelvertrags. Deshalb ist es grundsätzlich gleichgültig, ob der EV bzw. der vEV auf Grund von ALB oder von Einzelvereinbarungen verabredet worden ist⁶³⁾. In beiden Fällen ist ausschlaggebend der Parteiwille. Daher kann der Auffassung nicht gefolgt werden, die den vEV in ALB anders behandeln will als denjenigen, der gesondert vereinbart worden ist⁶⁴⁾. So meint etwa Barkhausen (NJW 1949, 847): „Einen Fortschritt würde es aber bedeuten, wenn die Tatsache allgemein ausgesprochen würde, daß der vEV in ALB grundsätzlich unwirksam ist. Die Abtretung künftiger Forderungen muß dem Einzelvertrag vorbehalten bleiben.“ Es mag zwar sein, daß insbesondere bei der Vorausabtretungsklausel im Einzelfall bei besonders schwierig zu durchschauender tatsächlicher Gestaltung eine zu den ALB zusätzliche Abmachung erforderlich erscheint. Bei der Wertorientierung der Vorausabtretung sind diese Fälle jedoch sehr selten, da die Bestimmbarkeit grundsätzlich gegeben ist, auch unter Berücksichtigung des Umstandes, daß Ausgangspunkt für die Bestimmung der abgetretenen Forderung der Vertrag ist.

Etwas anderes muß jedoch gelten bei Exportgeschäften. Die Vereinbarung von Vertragsbedingungen auf dem Wege über ALB setzt voraus, daß eine einheitliche Rechtsordnung besteht. Gleiche Fälle sind nur gleich zu behandeln, wenn gleiches Recht auf sie angewandt werden kann. Hier setzen die Schwierigkeiten der Kreditsicherung des Warenlieferanten bei Verträgen mit ausländischen Abnehmern ein. Der EV und insbesondere auch der vEV spielt in vielen Ländern auch nicht annähernd die Rolle, wie dies bei uns der Fall ist. Das Bedürfnis des VBV, sich gerade durch den EV zu sichern, hängt eng zusammen mit unserem Rechtssystem, das den Interessen des Verkäufers nicht dermaßen entgegenkommt, wie dies z. B. in der französischen Rechtsordnung geschieht. Daher ist

61) So auch Raiser, S. 20, 23; Kurtenbach, S. 12–13; Kaduk, S. 5; BGHZ 1, 86

62) s. Raiser, S. 40, 147, 151 ff., insbesondere 169–179; Kaduk, S. 37–40; Nörr, S. 47, 66, 88–89; die ALB bleiben somit Vertragsrecht; vgl. Holzberg, S. 55 mit vielen Angaben in Anm. 106; h. M.; zur Rechtsprechung s. Kaduk, S. 10–11; Nörr, S. 16–25

63) Zutreffend Schlegelberger-Hefermehl, Anh. zu § 368, Anm. 29; Brandes, S. 91; vgl. auch Flume, AcP 154, 562; NJW 1959, 919

64) So z. B. Grundsätze der Reichsgruppe Industrie über die Anwendung des EV vom 18. 3. 1938, Sonderdruck, S. 11; s. auch DJ 1938, 611; grundsätzlich auch das RG; vgl. v. Caemmerer, JZ 1953, 98, 99; s. auch Esser, S. 231; ebenfalls wohl Hochgürtel, S. 159; Fischer, S. 57, 69; ders., NJW 1959, 366, 369

die Bedeutung des EV in Frankreich ungleich geringer als bei uns⁶⁵). Im anglo-amerikanischen Recht sind die Rechte des Verkäufers nicht so groß wie in Frankreich. Daher ist – worauf Schenk (NJW 1950, 249) hinweist – vor allem im amerikanischen Recht der EV ähnlich bedeutsam wie bei uns. Jedoch bedarf es in der Mehrzahl der amerikanischen Staaten zur Wirksamkeit des EV einer besonderen Registrierung. Eine solche Eintragung wird bekanntlich auch in der Schweiz verlangt, Art. 715 ZGB. Insbesondere das Erfordernis der Registrierung, das in vielen Ländern besteht und jeweils verschieden geregelt ist, macht eine schematische Vereinbarung des EV bei Exportgeschäften unmöglich. Dazu kommt, daß die Verlängerung des einfachen EV nicht überall in dieser Art praktiziert wird. Daher ist es bei Lieferungen ins Ausland ratsam, zur Vermeidung von Schwierigkeiten nur sehr sparsam mit der Anwendung des EV bzw. vEV umzugehen. Jedenfalls aber ist es dringend erforderlich, sich vor Vertragsabschluß mit ausländischen Kunden über die Besonderheiten dieser Form der Sicherung des Warenlieferanten zu informieren. Wichtige Anhaltspunkte dazu finden sich in der Literatur⁶⁶). Nähere Auskünfte erteilen insbesondere die internationalen Industrie- und Handelskammern und die deutschen Wirtschaftsvertretungen in dem jeweiligen Exportland.

Man hat schon oft versucht, den Streitfragen um EV und vEV durch Reformen des Gesetzes oder wenigstens der Art der Kreditsicherung auszuweichen. Besonders bedeutsam in diesem Zusammenhang ist der großangelegte Reformvorschlag der ehemaligen Akademie für Deutsches Recht, weiterhin sind es die Vorschläge zur Einführung der Mobiliarhypothek oder auch – für die Verarbeitungsklausel – zur Einführung einer Gesetzesbestimmung, nach welcher der § 950 für dispositives Recht erklärt werden soll⁶⁷). Alle diese Vorschläge konnten sich jedoch nicht durchsetzen. Bei den Verhandlungen des 41. DJT im Jahre 1955 in Berlin (Bd. II, S. F 81) bestand überwiegend die Auffassung, eine gesetzliche Regelung zur Änderung des Kreditwesens in Form einer Stellungnahme des Gesetzgebers zur Frage der Sicherungsübereignung und des EV

65) vgl. Schenk, NJW 1950, 248–249; zur Frage der Sicherung des Warenlieferanten im französischen Recht s. insbes. Schmeling, vor allem S. 5, 13–23, 50; Bernays, NJW 1952, 452–453; Fleck, S. 12–15; für das amerikanische Recht s. auch Rabel in Rabels-Z. 16, 353–356

66) So z. B. Schmeling, a. a. O.; typisch: Ledoux, a. a. O.; Laue, NJW 1950, 585; Stulz, S. 7–10, 14; Käfer, S. 12–15; Staehelin, S. 9–11; insbesondere aber s. Fleck mit Übersichtstabelle über den EV in Europa, S. 86 u. 87; Graue, a. a. O.; Bley, Curt, S. 34–37 (England u. Belgien)

67) Die Literatur zur Reform ist sehr umfangreich; s. vor allem Lehmann, Reform, bes. S. 56–64; Verhdlg. des 32. DJT in Bamberg, 1921, S. 185–226; Verhdlg. des 41. DJT in Berlin, 1955, Bd. II, S. F 1–F 81, bes. F 27–28 und F 81; s. auch den immer wieder zitierten Antrag durch Keinhath und Genossen (Verhdlg. des Reichstags 1924/26, Bd. 406, Nr. 1811), wonach der § 950 BGB durch einen 3. Absatz ausdrücklich für dispositiv erklärt werden sollte; hierzu z. B. Hirsch, S. 49, Anm. 1; Schagen, S. 129–130

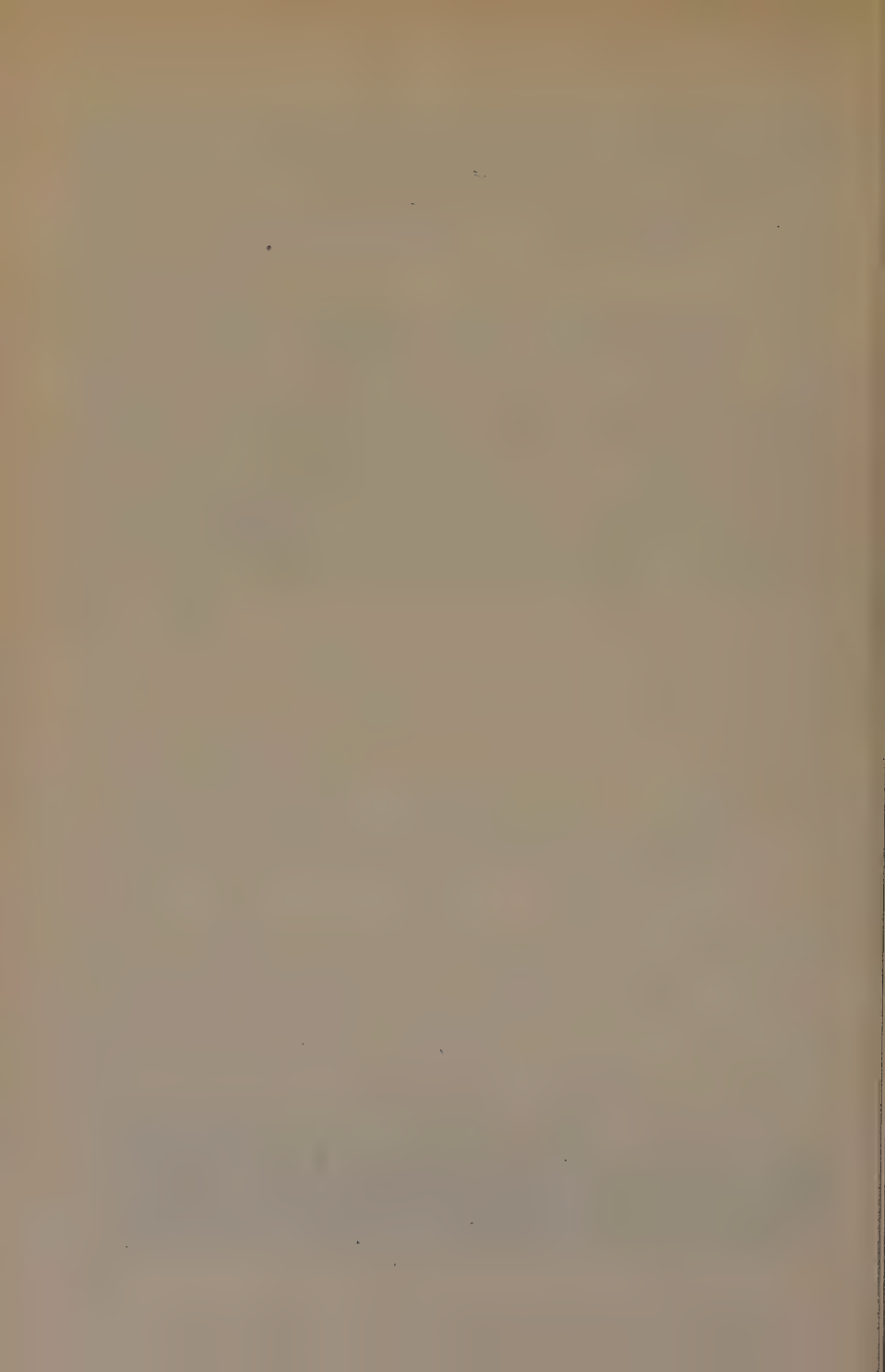
Reformvorschläge z. B. auch bei Bley, Curt, S. 53; s. auch Weinhausen, S. 127–144, 155–158, der zu Recht das Registerpfandrecht und den gesetzlichen EV (gefordert v. Hoeniger, BA XXVI, 267–268, JW 1927, 629; kritisch schon Koch, BA XXVI, 299) ablehnt. Zum Registerpfandrecht, das praktisch nicht durchführbar ist, s. Käfer, S. 59 ff.; Hauß, S. 32 und die Zusammenstellung bei Zahn, S. 30, Anm. 1. Vorschläge auch bei v. Wehner, S. 107 ff.

Mertens, S. 53, 75 befürwortet die Umwandlung des EV in ein besitzloses Pfandrecht und will die Vorausabtretungsklausel völlig abschaffen (S. 60–61)

könne zur Zeit nicht vorgeschlagen werden. Besinnt man sich auf das Wesen der durch den vEV angestrebten Sicherung, muß man zu dem Ergebnis kommen, daß es keiner Reform bedarf⁶⁸⁾. Der VBV erhält nur eine wertmäßig durch die von ihm gelieferte Ware begrenzte Sicherung. Dadurch beeinträchtigt der vEV weder die Interessen des VBK noch die der übrigen Gläubiger des VBK. So gesehen ist der vEV das typische und zweckmäßigste Mittel der Sicherung des Warenkreditgebers.

Es steht den Parteien frei, in ihrem Verhältnis zueinander den vEV zu vereinbaren. Eine gesetzliche Einführung des vEV halte ich mit Rücksicht darauf, daß die Verlängerung des einfachen EV nicht in allen Fällen sinnvoll ist, für unangebracht. Wird aber der vEV – durch ALB oder durch Einzelvertrag – zum Bestandteil des Vertragsverhältnisses, ist es Aufgabe der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung, den Parteiinteressen und dem von den Vertragspartnern angestrebten Erfolg möglichst weitgehend Rechnung zu tragen. Als rechtstechnischer Weg dazu bietet sich die Wertorientierung der Sicherung des VBV an. Es wäre – entgegen Barkhausen (NJW 1949, 847) – ein Rückschritt, würde der vEV aus letztlich rechtspolitischen Gründen für unwirksam erklärt, denn das Recht hat die wirtschaftliche Entwicklung nicht zu hemmen, sondern formend zu unterstützen.

⁶⁸⁾ auch Haas (S. 98) hält eine Reform für (noch nicht) erforderlich. Fischer ist (S. 92) der Auffassung, die seit nahezu 30 Jahren geforderte Reform des Kreditsicherungsrechts erledige sich von selbst, wenn die Rechtsprechung zu den Grundsätzen des Sachenrechts zurückfinde und die Gläubiger auf zu weit gehende Sicherungsrechte verzichten würden. Im Ergebnis ist ihm zuzustimmen; seine Begründung aber ist abzulehnen. Der von ihm – ohne Reform – angestrebte Zustand soll nämlich den vEV als unzulässige Erscheinung ausschalten (S. 91). Das aber ist reine Theorie, die sich nicht an den soziologischen Tatbeständen orientiert.



Lebenslauf

Am 6. März 1934 wurde ich als zweiter Sohn des Handelsstudienrates Dr. Erwin Hofmann und seiner Ehefrau Anna, geb. Michel, in Worms/Rhein geboren. Dem Besuche der Volksschule – in Gundheim/Rheinhessen – folgten neun Jahre Schulzeit am altsprachlichen Gymnasium zu Worms. Nach der an dieser Anstalt bestandenen Reifeprüfung begann ich mit dem Sommersemester 1952 das Studium der Betriebswirtschaftslehre. Nach zwei Semestern an der Universität Freiburg/Schweiz und weiteren fünf Semestern an der Universität Frankfurt/Main beendete ich dieses Studium am 28. Juli 1955 durch Ablegung des Examens als Diplom-Kaufmann mit der Note „gut“.

Ab dem Wintersemester 1955/56 studierte ich an der Universität Mainz Rechtswissenschaften. Am 23. Januar 1958 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt in Mainz mit der Note „voll befriedigend“. Seit dem 8. März 1958 bin ich als Gerichtsreferendar im Oberlandesgerichtsbezirk Koblenz tätig.

